CONFUTATIO DIATRIBÆ DE MVTVO, TRIBUS DISPUTATIONIBUS VENTILATÆ

Auctore & Præſide

IO. IACOBO VISSEMBACHIO
I. V. D.
Eodemque Profeſſore
IN ACADEMIA FRANEKERANA
FRISIORUM.



LUGDUNI BATAVORUM,
Ex Officina IOANNIS MAIRE.
cIↃ IↃ c XLV.

Ampliſſimo Viro

CLAUDIO SARRAVIO

IN

Suprema Pariſienſi Curia

REGIS CONSILIARIO

S. D. B.

S. *D.*

ZEno ille Stoicæ diſciplinæ primus ac graviſſimus auctor, cum quidam qui diſſerentem in ſchola audierant, ei obiectaſſent quod παράδοξα *multa diceret; ita inquit, ſed non* παράνομα. *Idem mihi videor iure meo poſſe dicere, Vir Ampliſſime, de ea opinione, quam hic poſt Salmaſium tuendam ſuſcepi, & pro Salmaſio,* παράδοξον *nempe eſſe; ſed non* παράνομον. *Si contra legum auctoritatem, ſi contra Iuris Romani principia, ſi contra veterum Iuriſconſultorum reſponſa aſſeritur, Mutui contractum non eſſe alienationem, tum fateri ſane oportet, non minus eſſe* παράνομον *hoc quod tuemur dogma, quam* παράδοξον. *Sed in eo nunc ſumus, id agimus,*

hoc defendimus, in hac quæſtione aliud eſſe, aliud videri: veritatem cum opinionė recepta paria non facere: Iuris doctores novos, & Ius ipſum vetus non eadem dicere: Iuriſprudentiam antiquam ab hodierna plurimum diſſidere: ſenſum etiam communem ex ore populi longe aliter dictare quam profeſſores è cathedra docent: clientes à patronis ſuis hac in re quoque omnino diſſentire. Enimvero ſi iudice ſtemus populo, eumque in hac cauſa audiamus, ne παράδοξον quidem videbitur quod tuemur. Age quemlibet ex media plebe Quiritem nobis in platea ſi forte occurrentem, cum mille nummorũ ſacculo quos ab amico mutuos ſumpſerit domum redeuntem interrogemus, an iſta ſumma ſibi credita, rem ſuam familiarem amplificatam credat, aut ſe ditiorem factum mille nummis, quid putamus eſſe reſponſurũ? Negabit vel ramentam plumbeam bonis ſuis ex eo acceſſiſſe, quod reddere teneatur ei unde acceperit. Non contenti iſtius reſponſo, eamus ad illum qui mutuam eam ſummam dedit, & ab eo quæramus, an bonis ſuis putet deceſſiſſe mille illos nummos quos amico mutuos dederit, & facultates ſuas pari ſumma deminutos de qua nomen fecerit & obligationem acquiſierit. Dediſſe ſe mutuo dicet pecuniam, non donaſſe: recepturum quippe

pe

pe crediḍiſſe, non ut perderet. Ne ea ſibi periret caviſſe, bonum & idoneum nomen eligendo cui eam collocaret: pignora etiam ſi forte accepiſſe, quo maiorem ſui recipiendi fiduciam conciperet. Rogatus vero inſuper, an & alienaſſe eos nummos ſeſe cenſeat, id etiam negabit, quos tantum fidei alienæ commiſerit, poſtmodum recepturus ubi debitori ſuo id ſignificaverit. Sed, inquiet percunctator, Tu non recipies ipſam illam ſpeciem quam dediſti, ſed aliam. Quid mea intereſt, reponet ille, cum par ſumma mihi reddenda ſit, ſi non in eadem ſpecie eam recipiam quæ in eodem genere debet reſtitui? Si pecuniæ numeratæ quæ in mutuum cadit, idem numerus reddi debet, non diverſa cenſeri poteſt redditio generis ac ſpeciei, cum in numero eodem, aureos pro aureis eiuſdem formæ; argenteos pro argenteis, æreos pro æreis reddi oporteat. Redeamus ad illum qui accepit mutuo pecuniam, quem obliti ſumus ſuper eo ſciſcitari, an acquiſiviſſe ſe putet quod ſumpſit mutuo. Tales, inquiet, adquiſitiones eveniant hoſtibus meis, quas neceſſitas parit, egeſtas alit, & reddendi impotentia, ut alienationes danti ſint facit. Iam tenemus ex vulgi ſententia non eſſe mutuum alienationem, quæ bonis accipientis nihil adiicit, dantis nihil detrahit, paupe-

rem non facit ditiorem, divitem non facit pauperiorem, quæ rem ſuam non adimit domino qui dedit ſi benę crediderit, non dominum præſtat eum qui accepit ſi reddere ſit idoneus. Si non ſit, æque perit iſti quam illi, haud aliter quam ſi pecunia in barathrum coniecta ſit, aut furto ſurrepta, aut incendio corrupta, aut alio caſu deperdita. Παράδοξον *igitur hoc penes vulgum non eſt quod propugnamus, neque apud eos qui ex communi intelligentia rem ipſam metiuntur, atque ex propria eius natura æſtimant. Adeamus illos ipſos doctores, qui currunt in contraria, ut videamus an vitare poſſint ne deflectant ſæpius de ſemita quam ſectantur in viam quam populus terit. Si comparentur invicem quæ faciunt & quæ loquuntur, quæ diſcipulis dictant & quæ ſibi ipſis præſcribunt, in eodem doctrinæ genere* πρᾶξιν *&* θεωρίαν *multum eos diverſas habere deprehendemus. Spectemus tantum non quod è cathedra effutiunt, ſed quod in vita ſerio agunt, & videbimus more vulgi in mutuo dando eos ſapere, in docendo iure ſuo in ſcholis nugari. Idemque prorſus facere, ac ſi quis rerũ naturalium peritus ſophus vinum venenum eſſe affirmaret, & nihilo ſecius libere ac libẽter ſe flore liberi adſpergeret. Ita iſti qui aſſerunt mutuum eſſe alienationẽ, ita mutuo ſolent dare tanquam ſi non eſſet alienatio. Si facta*

eo-

eorum dictis conſonarent, & ex ſcientiæ ſuæ normâ ac præſcripto viverent, aut nunquam cuiquam mutuum darent, aut dantes præceptum Chriſti ſervarent, non recipiendo τὰ ἴσα. Sed Iuriſconſulti qui aliis cavent, tam male ſibi nunquam conſulent, ut alienare accipiant pro credere, & obligationem ex cauſa mutui acquirere putent eſſe idem quod rem ſuam alienare & amittere. Dum accipientem obligant ad reddendum, dum repetunt quod dederunt vel ad diem vel ad libitum, dum creditam à ſe pecuniam, etiam priuſquam perſoluta ſit, ſuam nihilominus reputant, in bonis ſuis eum computant, dum vulgi communem ſenſum & exiſtimationem & conſuetudinem in his omnibus ſequuntur, à ſemetipſis diſſentiunt, atque opere & uſu doctrinam ſuam ipſimet refutant. Provocemus igitur à delirantibus in auditorio profeſſoribus ad eoſdem pro ſanis cum vulgo agitantes, ut pro certo conſtet ac definito, Mutuum non eſſe alienationem. Hoc παράνομον eſſe adeo probare non valent, ut nullam legem ad eam opinionem firmandã producere queant, cum Ius omnino tam vetus quam novum contrariam plane ſententiam ſtabiliat. Non ſolum antiqui Iuriſconſulti pro nobis ſtant; ſed ipſe etiam Iuſtinianus. Hic enim cum pignoris nexum alienandi appellatione comprehen-

diſſet, & emphyteuſeos contractum, quæ duo tamen inter alienationes nunquam habita ſunt, neque civiles neque naturales. Mutui tamen dationem non complexus eſt alienatione inhibita vel lege vel teſtamento vel pactione. Mutuum inter obligationes recenſuit, quæ re contrahuntur haud ſecus ac veteres Iuriſconſulti, non inter alienationum genera, ſive civiles eæ ſint, ſive naturales. Obligatio autem ad reddendum non poteſt videri alienatio, niſi alienatio vice verſa videatur obligatio. Inter acquirendi dominii genera non refertur mutui datio, quæ in iis habere locum omnino deberet, ſi eſſet alienatio. Nulla enim poteſt ex una parte dari dicive alienatio, quin ex altera acquiſitio ſit. Si ſpecies ipſa ſive corpora nummorum quæ dantur mutuo dicuntur aliquando in iure alienari, latiſſima tum verbum alienandi accipitur ſignificatione, ut aliquis mente dicitur eſſe alienata qui ἔκστασιν patitur. Illa enim corporum vel ſpeciei alienatio non civilis eſt ex iure Quiritium: nulla enim eiuſmodi ſolemnitate celebratur, ut illæ fiebant quæ per mancipationem, in iure ceſſionem & uſucapionem peragebantur. Non etiam naturalis, ut eæ quæ per traditionem ex iuſta aliqua cauſa procedebant: nam in iſtis quod erat

alicui

alicui traditum & ſemel acquiſitum, numquam poſtea redibat ad dantem, nec ulla obligatione ad reddendum interpoſita, dabatur. Ergo nec civiliter nec naturaliter illa ipſa ſpecies quæ dabatur mutuo ſolebat alienari. Alienabatur quidem, quia exibat è poteſtate dantis in dominium accipientis, ſed ſub conditione & obligatione reddendi eiuſdem generis, quod in nulla civili neque naturali alienatione interveniſſe certum eſt. Præterea ſpecies illa ſive illa corpora nummorum quæ dantur, non mutuum efficiunt, nec in illis id conſiſtit, ſed in quantitate, id eſt, in numero, pondere, & menſura. Nam mutuum his rebus tantum continetur. Atqui numerus & menſura & pondus in mutuo nunquam alienantur, quia eadem reddi debent. Ad pondus quippe atque ad numerum & ad menſuram obligatio mutui contrahitur, non ad illam ſpeciem quæ non poteſt reddi, utpote ad conſumendum data, & ex lege dationis conſumpta. Poſtremo quomodo id παράνομον *eſſe probabunt, cui tam clare, tam diſerte, tam perſpicue lex* LV. *ſuffragatur.* D. *de ſolutionibus. ubi Iuriſconſultus dicit,* Non alienari nummos qui ſic dantur ut recipiantur? *Quæ declinatione corporis aut qua arte,*

qua etiam ludificatione vitabunt tam potentis ac penetrabilis teli ictum, quo petitur alienatio Mutui per illam legem infligendum ; An dicent , quod iam dixere nonnulli non minus ſtulte quam inaniter , ibi loqui Iuriſconſultum de nummis commodatis ad oſtenſionem ? Scilicet in eo laborandum fuit Vlpiano, ut doceret,non alienari id quo dcommodaretur. Ignoratum nempe tum fuiſſet commodatum non eſſe alienationem niſi id Iuriſconſultus celebris de eo ſic pronuntiaſſet ac reſpondiſſet. Sed ex verbis ipſis Iuriſconſulti adeo manifeſte diluceſcit, non de commodata ad oſtenſionem, ſed de mutuo data ad uſum pecunia eum intellexiſſe , ut opus non ſit lucernam accendere ubi ſol tam nitide lucet. Sic enim ſcribit in ea lege , Qui ſic ſolvit ut reciperet , non liberatur, quemadmodum non alienantur nummi qui ſic dantur ut reciperentur. *Quod præmiſit de ſolutione , facile arguit, ea quæ ſequuntur de mutuo eſſe accipienda. Non enim convenit commodato ſolutio, ſed mutui dationi. Et ſic comparatio optime procedit, ut, quemadmodum non liberatur qui ſolvit id quod debet ut idem mox recipiat,ita non alienatur quod mutuo datur , quoniam ſic datur ut recipiatur. Vt non ſolvit qui dat rece-*

receptturus, ita nec alienat qui mutuum dat animo recipiendi. Multa alia deprompſimus in hac Theſium confutatione, ex penitiſſimis Iuris adytis, quæ oſtendunt nihil minus videri debere παράνομον quam id quod pro παραδόξῳ habent omnes hodierni doctores Iuris, profeſſores, & advocati. Tertium hoc & extremum munus addamus adverſariis, ut ne παράλογον quidem eſſe videatur iſtud axioma quod cum Salmaſio contra ipſos defendimus. Ratio Iuris auctoribus, in legibus condendis ſæpe adfuit, non tamen ſemper. Quin & multa non παράνομα utpote legibus ſancita proferri poſſint ab antiquis legiſlatoribus, quæ rationi conſentanea non prorſus cenſeri queant. Sed in hac propoſitione qua mutuum aſſeritur non eſſe alienationem, ut nihil contra ius ac leges, ita neque contra rationem quicquam dici aut affirmari, oſtendere facile eſt. Quid enim tam rationi conveniens fingi poteſt, quam ut id quod dederis animo recipiendi, non donandi nec alienandi, pro alienato non cenſeatur? Quod meum dico etiam ubi datum eſt, quod in bonis meis numero vel illo tempore quo penes eum qui accepit manet, quod ille alienum habet, & mihi dicto à me tem-

tempore, aut meo arbitrio reddendum, cur alienatum à me videri poſſit, nulla ſuadet ratio. Quod poſſum alteri cedendo quod alter mihi debet, donare, vel illi ipſi debitori remittendo quod ab illo mihi debetur ex aliqua cauſa tradere, nonne id pro meo poſſum venditare, quamvis in arca non ſit, ſed in credito? Aliter quidem in loculis nummi conditi, aliter in fœnore depoſiti, mihi ſervantur, ſed nec hi minus mei ſunt, cum & in bonis meis cenſeantur, nec in bonis debitoris habeantur. Non poteſt quis ex quod debet, alteri ſolvere, alium creditorem conſtituere, aliquid emere, donare, permutare, nec debitum ſuum teſtamento cuiquam relinquere, nec legare, non in dotem filiæ dare, non denique in cenſum deferre, & æs alienum ſuum obtendere ut primis claſſibus adſcribatur. Quinimo ne inter claſſicos quidem unquam referetur, ſed inter capite cenſos & proletarios ſi plus debet quam habet, aut ſi tantundem, aut ſi paulo minus. Id enim tantum in eius bonis computabitur quod deducto ære alieno integrum ipſi ac ſalvum manebit. Hæc omnia tanquam de ſuo præſtabit creditor, & tantum habere in ære cenſebitur quantum in nominibus habebit, ad omnes etiam claſſes adſpirabit, ſi tantundem poſſidebit in credito

quan-

quantum primarum claſſium cenſus exigit. Poteſt quidem & debitor de ea pecunia quam mutuo acceperit tanquam de ſua ludere, donare, dotem filiæ dare, creditoribus ſuis ſolvere, quæ volet emere, perdere ſi velit ac profundere, ſed cum ad eandem ſummam maneat obligatus quam tenetur reddere, non poteſt eam ſuam dicere, quæ reddenda eſt, & quæ ex bonis eius deducenda eſt. At illa ipſa ſumma quæ ſibi debetur, creditor poteſt eodem modo uti ac ſi eam penes ſe retineret, aut apud menſam depoſitam haberet. Nam per debitorem ſuum ut per menſarium ſeu argentarium, numerationem facere poteſt, & quod alii debet ſolvere; poteſt fundos comparare, donationes facere, alios debitores ſibi conſtituere, in ſumma illi ipſi etiam debitori ſuo liberatione legata vel donata revera quod ſuum eſt alienare. Nam & qui obligatione liberatur, pecuniam accipere videri, dicit lex 11. D. *de calumniatoribus. Si is qui obligatione liberatur, id eſt, cui debitum remittitur, pecuniam accipere videtur, non quod ſuum erat cenſetur accepiſſe, ſed quod erat alienum. Eo quippe edicto prætor pro calumniatore habebat, qui ut calumniæ cauſa negotium faceret vel non faceret, pecuniam accepiſſe dicebatur. Fruſtra pecuniam accepiſſe intelligere*

tur,

tur, cui obligatio erat remiſſa, ſi ſuam illam habuiſſet pecuniam ille qui eam debebat; & qui obligatione liberatus eſt. Nihil enim videretur accepiſſe à ſuo creditore, cum nemini detur quod ſuum eſt, ita ut acceptum ab eo id fieri & imputari illi debeat. Ratio præterea è nomine ipſo ducta facile evincit, quod creditur in mutui datione, non abſolute dari aut donari, nec proinde alienari. Non enim datum traditumve ſimpliciter dicitur, ſed mutuo datum, id eſt, ad mutuum vel in mutuum, ut mutuum nempe ſit, hoc eſt, ut reddatur ac mutuum fiat, dum par pro pari refertur. Sic doti dare, pro in dotem; fœnori pro in fœnus, & ſimilia ſexcenta. His & aliis pluribus argumentis in ipſo confutationis libro, ex principiis ipſius Iuris ſcientiæ, ſcitis & obſervationibus petitis, demonſtravimus; quod de mutuo adſtruximus, non eſſe alienationem, nec παράνομον videri, nec παράλογον, quamvis παράδοξον ſit pleriſque omnibus doctoribus qui ſui Iuris principia ac ſcita videntur ignoraſſe quantum ad hoc attinet, ne de aliis nunc dicere neceſſe habeam. Sed hæc ſic brevioribus æris veluti ſignata in ipſo limine & in Epiſtola tuo nomini dicata præmittere libuit, ut, ſi non vacaret librum ipſum legere, ex his pau-

tis ſcrupulo poſſes liberari, quem tibi reſtare poſt Salmaſii Diatribam ſæpe mihi ipſi confeſſus es. Si quid erit adhuc de quo dubites, moleſtiam hanc devorabis vel in gratiam Salmaſii, cui hoc Opus militat, vel in meam, qui feci, rem penitius ut introſpicias, & ex refutatis profeſſoris Franekerani theſibus cognoſcas quid ſit verius falſiuſque. Nam utriuſque diſcrimen ex comparatis hinc inde argumentis non difficulter eluceſcet. Ex quo etiam tibi facile conſtabit, doctores iam in hac materia diſcutienda non tam de opinione ſua, ut eam tueantur, laborare quã de ſama ut ſartam tectam conſervent. Eam ſane cum in periculo eſſe videant, ipſi in metu ſunt, ne, cum in re tam clara cœcutiiſſe tam manifeſte deprehenſi ſint, in aliis obſcurioribus non magis perſpicaces reperiantur. Sed dum tibi ipſi adprobẽ, vir ampliſſime, quod in hoc genere nunc à nobis elucùbratum eſt & paucis tecum aliis, non eſt quod laborem pluribus placere. Nam ut non omnium eſt hæc per ſe intelligere aut ab alio monſtrata recipere & agnoſcere, ita nec meum, omnium plauſum captare. In multitudine conſentientium & laudantium non ſemper id quod verius eſt ac melius, probatum ſpectatumque cernitur. Duo vel tres plerumque recte ſoli ſentiunt, cum

ab

ab his cætera turba in pravum falſumque diſſideat. Non dubitare autem debeo quin gratiſſimum hoc tibi munus acceptiſſimumque futurum ſit, ut ab amico profectum & pro amico cœptum, cuius opinionem à me defenſam non invitus videbis, ut nec ægre feres extare hoc monumentum apud poſteros amoris quo me proſequeris, & quo te viciſſim proſequi ut facio debeo. Quam cauſam fateor & mihi præcipuam fuiſſe huius Operis tuô nomini inſcribendi. Hoc parvum quidem tibi videri par eſt, ut revera eſt, pro tantis tuis in me beneficiis atque aſſiduis pæne officiis redhoſtimentum, ſed quod non parvi æſtimare debes ſi animo offerentis illud metiri velis. Vale, & me amare perge. Nonis Februarii cIↄ Iↄ c XLV.

CONFU-

CONFUTATIO DISPUTATIONIS PRIMÆ DE MVTVO.

Qua adſtruitur eſſe Alienationem.

AD THESIN I.

IN hac prima Theſi ponitur, *inveteratam eſſe ſententiam ex intima iuriſprudentia deromptam, mutuo rem alienari.* Captio eſt in hac Theſi, ut concepta eſt. Si intelligit mutui contractum prout eſt obligatio ex earum genere quæ re contrahuntur, nihil eſt falſius quam Mutuum eſſe alienationem, quod in genere obligationum reponitur. Sin vero ſentit, mutuo rem alienari quia ſpecies quę mutuo detur, ipſa nempe corpora nummorum, alienatur, verum id eſſe concedo, ſed in ea ſpecie non conſiſtit mutuum, quia nunquam redit ad eum qui dedit, mutuum autem non poteſt eſſe nec dici,

 niſi

niſi pari quantitate reddita mutuum fiat ab eo qui accepit. Hæc quantitas mutuum facit, & non alienatur. Et proinde mutuum non eſt alienatio. Quæ inveterata eſt ſententia ex intima iuriſprudentia deprompta, ut diſerte teſtatur lex LV. D. de ſolutionibus. Additur in eadem Theſi, primum Salmaſium hanc inveteratam ſententiam de Mutuo quod ſit alienatio, in controverſiam vocaſſe. Quod falſum eſt. Nam Salmaſius ipſe notavit, idem ante ipſum ſenſiſſe celeberrimũ Iuriſconſultũ Carolum Molinæum in Tractatu de Vſuris, qui duobus locis ſcripſit, mutuationem non eſſe alienationem, ſed adminiſtrationem, ex textu leg. XI. D. de rebus creditis, ubi Alexandrum, Decium & omnes in eadem eſſe ſententia affirmat. Servus enim ex ea lege qui peculii adminiſtrationem conceſſam à domino habet, poteſt pecuniam mutuam dare, ſed non poteſt ullam rem ex peculio alienare. Nuper etiam audivi celeberrimum & primarium Iuris profeſſorem in Academia Leydenſi, Bernardum Schotanum, publica diſputatione aſſeruiſſe, Mutuum non eſſe alienationem.

AD II.

Spondet hic clariſſimus profeſſor, ſe *oſtenſurum legibus legumque rationibus, illa ſententia firmata, argumenta Salmaſii tanti non eſſe ut propterea vadimonium ſit deſerendum.* Non ſuaderem viro Iuris peritiſſimo quacunque ex cauſa vadimonium deſerere, niſi valde eſſet ſontica. Quam non putavit talem, ego ipſi oſtendam eſſe, nec iam vereri debere ne propter eam vadimonium deſerat. Certe rationes omnes quibus Salmaſii ſententiam oppugnare conatus eſt, futiles, frivolas & nihili eſſe planum faciam.

AD III.

Diſputationis cardinem in eo verti, ait, *ut quid ſit alienatio recte definiatur.* Ego vero etiam ad rem pertinere arbitror, ut recta Mutui definitio ponatur. Sic enim ex collatione utriuſque definitionis conſtabit, an ſub idem genus referri poſſit alienatio & Mutui datio. Nam ſi genere differre ea deprehenderimus, cui dubium eſſe poterit, quin ad diverſam utrumque definitionem pertineat? Quod diverſa autem definitione comprehenditur, ut toto genere diverſum, non poteſt idem

videri. Omnis definitio debet conſtare genere ac differentia. Videamus ecquod ſit genus Mutui. *Obligatio* eſt, & quidem ſummum. Nam quattuor genera ſunt obligationum, quæ ex contractu naſcuntur. Aut enim re contrahitur obligatio, aut verbis, aut litteris, aut conſenſu, ut eſt apud Gaium Tit. de Obligationibus. Summa quidem diviſio obligationis bipertita eſt. Nam omnes aut ex contractu naſcuntur, aut ex culpa. Sed nimis remotum illud genus. Ex eo genere obligationum quæ ex contractu naſcuntur, ad eas tantum referri poteſt Mutuum quæ re contrahuntur. Proximum ergo eius genus eſt, *obligatio re contracta*. Ergo in definitionem id adſumi oportet. Eiuſdem generis obligationum aliquot ſunt ſpecies differentes; ut depoſitum, commodatum, indebiti ſolutio, & pignus. Ea omnia à Mutuo, quod etiam in eodem genere obligationum re contractarum cenſetur, differunt. Videndũ ergo quæ ſit differentia ſpecifica Mutui, & aliarum obligationum quæ re contrahuntur. Non alia eſt niſi hæc: In illis quas iam nominavimus, idem redditur, in Mutuo tantundem, ideſt par, quod *idem genere* dicitur. Ergo recta

hæc

hæc dabitur Mutui definitio ex genere ipſius ac differentia conſtans: *Mutuum eſt obligatio re contracta ad idem in genere reddendum.* Nihil eſt in hac definitione quod quadrare poſſit & paria facere cum alienationis definitione. Vt hoc ſolũ ſit, nulla alienatio poteſt definiri per nomen obligationis. Contraria quippe ſunt, obligare aliquem ad reddendum quod accepit, & animo alienandi aliquid dare quod non ſis recepturus. Quod reddi debet ex obligatione contracta, non poteſt alienatum cenſeri. Sub titulo de Obligationibus nullũ alienationis genus comprehenderunt Iuriſconſulti veteres. Qui defendunt igitur Mutuum eſſe alienationem, negare prius debent eſſe obligationem, aut ad obligationum genus pertinere. Nam ſi hoc concedant quod negare non poſſunt, ne illud quidem poterunt obtinere quod volunt, pro alienatione haberi quod ſit obligatio. Vulgo Doctores definiunt, *Mutuum eſſe contractum re initum, quo res quæ pondere & menſura continentur, ea lege alteri dantur, ut non eædem ſpecie, ſed eiuſdem quantitatis reſtituantur.* Convenit cum ea quã attulimus, genere ac differentia. Non opus eſt tamẽ in definitione Mutui ponere, ea lege alteri dari,

ut non eadem ſpecie reddantur, ſed eiuſdem quantitatis. Ea lex tacite ineſt vi & notioni Mutui. Non enim aliter Mutuum conſtat, ſicut in ſuperioribus oſtendimus. Ergo de ſubſtantia mutui ſunt, quantitas & eiuſdem redditio. In ea mutuum conſiſtit; & per hanc reſolvitur obligatio contracta.. Dedi tibi decem, ut decem debeas ac reddas: decem aureos, decem auri pondo, vel æris, vel argenti: decem libras ceræ vel picis: decem modios tritici vel hordei. An hæc ergo decem quæ dedi alienavi, cum ea lege ac conditione dedi, ut reciperem, utque obligatus eſſes ad ea reddenda? An in ulla alienatione intervenit talis obligatio & redditio? Si alienatio porro eadem definitione contineretur ac Mutui datio, ita poſſet ac deberet definiri: *Alienatio eſt contractus ex re data inſtitutus, in quo ea lege ac conditione res dantur, ut non eædem in ſpecie ſed eædem in genere reſtituantur.* Si ita definiri poſſet alienatio, non dubitarem ſane quin Mutuum eſſet alienandi actus & contractus. Sed quoniam aiunt, diſputationis cardinem in eo verti, ut quid ſit alienatio recte definiatur, age & definitionem eius perpendamus, ut perſpiciamus an poſſit cum Mutui datione convenire.

nire. Ex latiſſima Iuriſconſultorum interpretatione docent, *Alienationis* verbum, non modo pro dominii, verum iuris quoque, vel poſſeſſionis tranſlatione accipi, ut eſt in leg. IV. & VIII. D. de alienatione iudicii mutandi cauſa facta. Et notandum eſt, toto illo titulo Digeſtorum ubi tam late accipitur Alienationis ſignificatio, nullum Mutui dationis extare veſtigium aut mentionem, cum tamen nullus æque contractus in vita civili frequens ſit & cōmunis: &, ſi eſſet alienatio, nulla fraus crebrius committi potuerit in edictum prætoris, quo cavit ne quis mutandi iudicii cauſa poſſet alienare. Convenienter illi Iuriſconſultorum definitioni Seneca lib. V. de beneficiis, Alienationem definit, *eſſe rei ſuæ, iuriſque ſui, in alium tranſlationem*. Nunc quæro, cum Alienatio ita definiatur, an & Mutuum poſſit recte definiri in hunc modum: *Mutui datio eſt rei ſuæ iuriſque ſui in alium tranſlatio*. Hac finitione ſi mutuum deſignaretur, haud ſane differret à donatione. Nam & eadem contineretur definitione cum donatione, & omni traditione, qua dominiū iuſque omne rei ſuæ & iuris ſui transfertur à domino in alterum. At in Mutuo non pure nec abſolute hæc fit

dominii iuriſque tranſlatio in accipientem, ſed cum obligatione ad reddendum. Quod in nullo genere alienationis intervenit. Non redditur eadem ſpecies. Quid tum? Idem certe genus reſtituitur atque eadem quantitas. Quod nec ulla habet alienatio. Et cum in ea quantitate, quæ reddi debet eadem, quæque non alienatur, Mutuum conſiſtat, nec ipſum alienatio eſt. Afferunt & aliam Alienationis definitionem ex leg. 1, in fine Cod. de fundo dotali, qua dicitur *omnis actus per quem dominium transfertur.* Hæc eſt lex in qua magnum cauſæ ſuæ firmamentum videntur repoſuiſſe quibus Mutuum eſt alienatio. Nihil plus dicit quam illa Senecæ, quæ tranſlationē dominii alienationem definit, nempe citra receptionem. Sic enim ea tranſlatio ſumenda eſt. At Mutui datio, non poteſt ſimpliciter definiri *dominii tranſlatio*, quin adiiciatur, *cum repetitione.* Quæ conditio alienationem vetat videri id quod actum eſt. Sed urgent verba illa legis, *Omnem actum, quo dominium transfertur*, eſſe alienationem. Per mutuum transfertur dominiū: ergo eſt alienatio. Non viderunt ſcientifici doctores, ſi generaliter ea verba legis accipienda forent, ut vulgo inter-

terpre-

terpretantur, falſiſſimum illud futurum quod ibi pronuntiatur, cum eo tempore quo lex illa ſcripta eſt, multę in iure quod tunc obtinebat, dominiorũ tranſlationes fieri ſolitę fuerint citra alienationẽ. Quod etiam fatetur in Diſputatione tertia, Theſi IX, doctiſſimus doctor, ſed ius illud à Iuſtiniano ſublatum contendit. Adhuc vigebat igitur cum Severus legem illam edidit de fundo dotali. Præterea non animadverterunt, eam alienationis definitionem quæ in ea lege ponitur, ad rẽ de qua ibi agitur eſſe reſtringendam, non ad omnem omnino actum in quacunq; re & iure transferendi dominium extendendã. De fundo dotali ibi quæſtio eſt. Fundus dotalis lege Iulia non poterat alienari, ut liquet ex lege unica Cod. de rei uxoriæ actione. Quod cum in fundis tantum Italicis olim obtinuiſſet, Iuſtinianus ad omnes imperii provincias id extendit, ut ex paragrapho XV. conſtat eiuſdem legis. In ea igitur leg. I. de fundo dotali, Severus conſtituit, *ſi æſtimata prædia in dotem data ſunt, & convenit ut electio mulieri ſervetur, nihilominus legem Iuliam locum habere.* Nempe ut non liceret prædium dotale marito alienare, quantumvis æſtimatum datum eſſet, & mulier electionem habe-

ret, vel fundi recipiendi, vel æſtimationis. Subiicitur ſtatim in ea lege: *Eſt autem alienatio omnis actus quo dominium transfertur*. Dixerat, etiam æſtimato prædio quod in dotem datum eſt, nihilominus legem Iuliam quæ vetat alienari fundum dotalem, locum habere. Eſſe autem Alienationem, omnem actum quo dominium transfertur. Quæ verba reducenda & reſtringenda omnino ſunt ad omnem actum quo fundi poſſunt alienari. Nec enim de alio alienationis actu accipi poſſunt quam quæ fundis competit. Nihil ergo ad mutuum, aut res quæ pondere, numero & menſura continentur, quicquam ea lex attinet, nec quæ in ea dicuntur de alienatione & dominii tranſlatione. Dos aut in fundis erat, aut in rebus quæ pondere, numero menſura conſtant. *Dos*, inquit Vlpianus in Regulis Tit. de dotibus, *ſi pondere, numero, menſura contineatur, annua, bima, trima die, reddetur, niſi ſi, ut præſens reddatur, convenerit. Reliquæ dotes ſtatim redduntur*. Reliquæ dotes, quæ in prædiis cõſtitutæ ſunt. Dos, quæ pondere, numero, menſura continebatur, poterat conſumi à marito, & quocunque modo alienari, haud ſecus ac res mutuo datę ab illo qui mutuũ accepit, quod ſimiliter in pon-

pondere, numero ac mẽſura conſiſtit. Sed de reddendo cavere debebat, & quia ſpeciem datam conſumpſerat, in eadem tantum quantitate reddere eam tenebatur, ut & ille qui Mutuo rem accepit, cuius eadem natura eſt, conditio & ratio. Nihil igitur ea lex 1. de fundo dotali, de illa dote conſtituit, quæ continetur pondere, numero & menſura, ſed de ea tantum, in qua fundi dati ſunt. Huiuſmodi prædia ſtatim reddebantur, non ut res quæ pondere, numero, menſura conſtant, ſi doti datæ eſſent, quas, niſi aliud conveniſſet, annua bima, trima die reddi ius fuit. Prædia autem dotalia, ſive æſtimata data eſſent ſive non æſtimata, legem Iuliam utroque caſu locum habere ſancit illa lex, quæ ea alienari à marito vetabat. Poſſet aliquis legẽ Iuliam de illis ſolum alienationibus interpretari quæ tũ proprie hoc nomine Iurę Romano appellabantur cũ lex Iulia lata eſt, nimirũ de traditione mancipii nexu, de in Iure ceſſione, & de uſucapione, ut ſtatuatur legem Iuliá non de aliis alienandi generibus aut modis intellexiſſe quam de his tribus cum fundum dotalem alienari prohibuit. Quæ mens fuerit legis Iuliæ, ſane neſcio, & an pręter hos tres alienandi modos qui tum pro-

proprie ſic dicebantur, alios intellexerit; ſed illud pro certo affirmare eſt, ſi ea Severi ſunt, Severũ in illa ſua lege quæ prima eſt in Codice de fundo dotali, eã alienandi fundi dotalis interdictionẽ lege Iulia ſancitam, ad omnem actum dominii transferendi porrexiſſe. Quod aperte his verbis cavit: *Eſt autẽ alienatio omnis actus per quẽ dominiũ transfertur.* Vt nempe lex Iulia de fundo dotali non alienando, non tantum de ſolis illis alienationibus intelligenda foret quæ Romani Iuris uſu proprie tunc appellabantur, ſed de omni actu per quem dominium transfertur. In favorem dotium id ſanxiſſe videretur Severus, cum olim forte lex Iulia ſolas veras alienationes Romano Iure uſitatas prohibuiſſet, de quibus Cicero in Topicis & alibi. Nam enumerans ibi omnes alienationum ſpecies quæ in id nomen caderent, duas ſolas nominavit traditionem mancipii nexu, & in Iure ceſſionem. *Abalienatio* eſt, inquit, *eius rei quæ mancipii eſt traditio alteri nexu, aut in Iure ceſſio.* Alii tertiam addiderunt, uſucapionem. Nec plures his tribus alienationes ſic proprie dictas agnoverunt, cũ agitur de rerum acquirendarũ dominio, ut Salmaſius docuit in Diatriba de Mutuo. Colligo autem,

legem

legem Iuliā de adulteris, qua cautū fuit, ne dotale prædium invita muliere maritus alienaret, non de alia alienatione quam cui vere hoc nomen tunc dari ſoleret, intelligi voluiſſe. Cuius rei hoc argumentum habeo, quod in ſolis prædiis Italicis id locum habere voluerit lex Iulia; non in provincialibus, ut expreſſe habetur in Inſtitutis lib. II. Tit. VIII. Ubi ſic legendum eſt: *Cum enim lex in ſoli tantummodo rebus locum habebat, quæ Italicæ fuerant.* Vulgo enim vitioſe editum eſt. *Cum enim lex in ſolis tantumodo rebus.* Per *res ſoli* planum eſt intelligi prædia & fundos, & Theophilus eo loco recte vertit, ἀκίνητα πράγματα. Videnda & lex unica Cod. de rei uxoriæ actione. Ideo certe de prædiis tantum Italicis id lege Iulia ſancitum eſt, ne ea in dotem data marito liceret invita uxore alienare, quia in his ſolis abalienatio ſic proprie dicta locum habuit, quam Cicero interpretatur traditionem alteri nexu, quæ in ſolis rebus mancipii uſurpabatur, non in aliis. Inter mancipii res prædia in Italico ſolo primo loco numerantur apud Ulpianum in Regulis, Titulo de dominiis & acquiſitionibus rerum. *Mancipii*, inquit, *res ſunt in Italico ſolo tam ruſtica, qualis eſt fundus,*

quam

quam urbana, qualis domus. Horum prædiorum ſoli Italici, ut & reliquarum rerum quæ mancipii erant abalienatio, dicebatur *mancipatio*, cum alteri traderentur cum certa verborum ſollemnitate, libripende, & quinque teſtibus præſentibus. Idem Ulpianus, ibidem: *Mancipatio propria ſpecies abalienationis eſt rerum mancipi.* Non appellabatur mancipatio, nec abalienatio, aliarum rerum quę mancipii non erant traditio: ſed nec prędiorum provincialium extra Italiam: quia inter res mancipii nõ numerabantur, ac proinde legis Iuliæ inhibitione de prædio dotali alienando invita uxore non comprehendebantur, quia alienatio eorum fieri Iure Romano, quo tunc utebantur, non cenſebatur, cum donarẽtur, permutarentur, legarentur, aut alia ex cauſa traderentur. Certe non aliã poſſum rationẽ excogitare, cur prohibitione alienationis in prædio dotali per legem Iuliam ſancita, in ſolis Italicis prædiis locum habere eam auctor voluerit, niſi hanc. Quod enim aliorum prædiorum alienatio non eſſet, idcirco nec ad legem quæ prohibuit alienationem trahenda illa cenſuit. Traditio igitur rerum quæ mancipii non eſſent, quacunque ex cauſa fieri intelligeretur,

retur, alienationis nomine non cenſebatur. Corrigendus itaque Vlpianus in eodem titulo in his verbis: *Traditio propria eſt rerum nec mancipii. Harum dominia ipſa traditione adprehendimus, ſcilicet ſi ex iuſta cauſa traditæ ſunt nobis.* In vulgatis perperam inſeritur verbum *alienatio*. Nam alienatio eo tempore de ſolis rebus mancipii cum traderentur uſurpare ſolita eſt, ut docuit Salmaſius in Diatriba de Mutuo. Severus igitur legem Iuliam de prohibitione alienandorum prædiorum dotalium, extendit ad omnem actum transferendi dominii, & alienationē quæ inhibetur lege Iulia, de omni actu per quē transfertur dominiū, in ea lege ſua interpretatus eſt. Non quod omnis actus quo dominium transfertur, alienatio ſit, ſed quia in favorem dotium quamcunque dominii tranſlationem ſub alienationis nomine voluerit prohibitam lege Iulia. Inde ἐμφύτευσιν quoq; prohibitam Græci interpretes verbis illius legis intellexerunt, quæ ita eſt dominii tranſlatio, ut non ſit alienatio. Si verum eſt, ea verba quæ in lege ſupra ſcripta Severi extant, ab ipſo Severo eſſe, non primus Iuſtinianus legis Iuliæ inhibitionē ad eas etiam res quæ in provinciali ſolo poſitæ erant,

valere iuſſerit, ſed Severus prædicta leg. 1. C. de fundo dotali. Nam qui nomine *alienationis* in lege Iulia omnem omnino transferendi dominii actũ intelligi voluerit, etiam qui citra alienationem fieret, non minus de prædiis provincialibus id intellexiſſe cenſendus quam de Italicis. Nihil igitur certius, quam ea verba, *Eſt autem alienatio omnis actus per quem dominium transfertur*, à Triboniano adtexta fuiſſe, cum Severus aliud prædicta conſtitutione non decreverit, quam legem Iuliam locum habere debere, etiam ſi prædia æſtimata in dotem data eſſent. Quod videtur tamen ante illam legem fuiſſe ſervatum. Cum enim mulier electionem habere ibi dicatur, utrum nimirum fundum ipſum optaret, an eius æſtimationem, non potuit utique electio in eius poteſtate eſſe, niſi fundo extante. Triboniani eſſe hoc additamentũ, ex eo liquet, quod in alia lege alienationis appellatione non ſolum dominii omnis tranſlationem & emphyteuſin complexus ſit, ſed etiam uſusfructus dationem & hypothecam vel pignoris nexum comprehenderit, leg. ult. Cod. de rebus alienis non alienandis, ubi vel teſtamento, vel pacto, vel lege vetitus aliena-
re,

re, non poteſt uſum fructum concedere, nec hypothecæ vel pignori dare, nec emphyteuſeos contractum inſtituere. Similiter in hac lege de fundo dotali, cum lex Iulia prohibuerit alienationem, ſic vere & proprie tum ſumi ſolitam, ipſe incruſtatione ſuæ interpretationis ad omnem actum transferendi dominii eam alienationem extendit. Vnde & emphyteuſin ea quoque inhibitione comprehenſam Græci notarunt. Hypothecam etiam, & uſum fructum, argumento legis ultimæ Cod. quo ſupra. Si verba ea Severi eſſe putarem, quem conſtaret in lege Iulia id mutaſſe, tum ita diſtinguendű foret & accipiendum, ut ſupra docuimus, alienationem omnem eſſe, transferendi dominii actum. Nam in alienatione omni debet actus intervenire tranſlati dominii, abſque quo nulla eſt alienatio. Non tamen ut inde conſequatur, omnem dominii tranſlationem, eſſe alienationem, ut Salmaſius pluribus oſtendit. Nunc autem malim ita hæc interpretari, ut illa verba à Triboniano legi Severi adtexta ſint. Quæ nec ipſa quicquam faciunt ad probandum quod volunt. De ſola quippe fundorum alienatione, vel dominii tranſlatione ea liquet exponenda. Quid

igitur ex ea definitione alienationis, in qua cardinem cauſæ verti dixit inclytus doctor Iuris, adſtruendæ ſententiæ vulgari quod faceret, expiſcatus eſt? Alienatio eſt tranſlatio dominii. Certe, ſed in perpetuum facta, & non revocanda. An ita transfertur in Mutuo? Dedi tibi nummos mutuo decem, ut poſt horam eos recipiam. An talis dominii tranſlatio, alienatio eſt? Tempus breve aut longum redditioni præfinitum non mutat cauſam & naturam contractus. Quod datur ut reddatur, non poteſt videri alienatum.

AD IV.

Alienatum non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet, inquit Vlpianus leg. LXVII. D. de verborum ſignificatione. Hoc in Theſi ponitur. Quid inde auctor eius ac diſputator probare intendit? An mutuum eſſe alienationem? *Huic conſequens eſt*, inquit, *alienare nihil aliud eſſe quam transferre dominium?* Concedo, ſed nego transferre dominium idem eſſe ſemper quod alienare. Hoc quidem ex illa lege Vlpiani recte concluditur, ut alienatio ſit, debere traditionem intercedere. Venditio quidem conſenſu

per-

peragitur, ſed nondum res alienata dicitur quæ vendita eſt priuſquam tradita ſit, quamdiu adhuc in poteſtate manet venditoris. Nam quid eſt alienare? Id quod Græci vocant ἐκποιεῖν, hoc eſt, extra ſuam poteſtatem facere, & rem è manu ſua, poteſtate ac dominio quaſi emittere. Λεξίθηρες enim plerumque ſunt Iuriſconſulti, & verborum anxii aucupatores vel æſtimatores. Ita *venditum* diſtingunt ab *alienato*, ut in eadem lege habetur.

AD V.

Ea lege rei donatio facta, ne donatarius eam alienet, hoc efficit ne dominium eius alienet, leg. III. Cod. de condictione ob cauſam datam. Quid ex eo efficere vult profeſſor Iuris eximius? Alienare igitur, eſſe dominium transferre. Recte concluſum hoc eſſet ſi aliquis de eo dubitaret. Qui alienat, omnino dominium transfert, ſed non è converſo. Ex hac ipſa lege quæ allata eſt, clare oſtenditur, aliud eſſe, dominium alienare, & transferre. Si enim hæc inter ſe reciprocarent, alienare, & dominium transferre, lex quæ explicat mentem donationis ea conditione factæ, ne alienetur res donata, dominii tranſlationem prohibi-

tam ſatis habuiſſet dicere. Nunc vero illa vetitæ alienationis nomine, omnem prorſus dominii alienationem interdictam explicat. Non ergo dominii translationem quæ ſine alienatione fit. Sic enim lex concepta eſt: *Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandæ ſuæ portionis facultas ulla competeret, id efficit ne alteruter veſtrum dominium prorſus alienet.* Non dicit, ne alteruter veſtrum dominium prorſus transferat. Solam igitur dominii alienationem quæ proprie hoc nomen habet, prohibitam intellexit, non dominii ſimplicem tranſlationem. Quis autem ignorat, eo tempore, & Iure illius temporis, transferri dominium ſolitum citra alienationem? Hoc ius à Iuſtiniano ſublatum fuiſſe confitentur. Sed illa lex Valeriani & Gallieni eſt imperatorum. Præterea in emphyteuſi dominium etiam transfertur, nec alienatur, ut ante dictum fuit, & Salmaſius alibi docuit. Fruſtra igitur ſunt qui dubitant, diſputantque, an lex traditioni rei dicta, ne accipienti eam alienare liceat, hoc operetur, ut tranſlationem dominii impediat? Nam certum eſt, alienationem dominii vetitam non impedire dominii tranſlationem. Si aliqua eſt dominii tranſlatio quæ ab alienatio-

natione diverſa ſit, quod non poſſunt negare, uno interdicto non ſequitur alterum interdici. Quod locum haberet, ſi dominium transferri nulla ratione poſſet quin etiam alienaretur. Leges quæ citantur ab his qui in contraria ſententia ſunt, quiq; putant conditionē traditioni rei impoſitam ne alienetur, id efficere ne transferatur eius rei dominium quod alienari vetitum eſt, nihil prorſus eos iuvant. Hoc tantum præcipiunt, pactis ſtandum eſſe, quæcunque in traditionibus rerum inſtituta ſunt. Non autem dicunt alienationem dominii & tranſlationem rem eandem eſſe. Quod erat illis probandum. At contrarium ſatis probatum eſt.

AD VI.

Qui ſolvit, dominium transfert. Leges deinde citantur quæ hoc probant. Hoc ipſi explicant, id eſt, *alienat. Nam ſolutionem eſſe ſpeciem alienationis.* Non auſi ſunt aperte dicere eſſe alienationem. Sed vellem etiam explicaſſent, quæ ſpecies ſit alienationis, ſolutio. Contractus quippe potius eſt diſſolutio quam alienatio. Et recte Iuriſconſultus leg. LIV. ſcribit, verbum *ſolutionis, magis ad ſub-*

ſtantiam obligationis referri quam ad ſolutionem nummorum. Dominiũ certe transfert qui ſolvit, ut ex Caio liquet, leg. IX. D. de auctoritate tutorum. *Pupillus ex omnibus,* inquit, *cauſis ſolvendo ſine tutoris auctoritate nihil agit, quia nullum dominium transferre poteſt.* Non dicit, *quia nihil alienare poteſt.* Quod tamen ipſi in promptu erat dicere, ſi ſolvere putaſſet idem eſſe quod alienare. Dominium rei quam ſolvit transfert quidem, ſed non alienat, quia ære alieno ſe liberat, & obligationem diſſoluit. Quod habere alienum dicebatur, illud domino reddit, cui ſuum fuit. Ratione autem caret, ut alienare cenſeatur, qui ſuum reddit domino, & alienum quod erat ſibi, in eum à quo acceperat transfert. Hinc Paulus leg. LIV. D. de ſolutionibus, id vocabulum *ſolutionis,* pertinere ad omnem liberationem quoquo modo factam dicit, & referri potius ad ſubſtantiam obligationis quam ad nummorum numerationem. Lege ſequente D. eodem Ulpianus ait, *Qui ſic ſolvit ut reciperet, non liberari.* Si ſenſiſſet ſolutionem eſſe alienationem, debuiſſe utique videtur dicere, *Qui ſic ſolvit ut reciperet, non alienat.* Si enim is qui ſolvit non recepturus, alienat, certe qui ita ſol-

ſolvit, ut recipiat, non alienare cenſetur. Ille vero dixit tantum, *non ſe liberat.* Ergo ad liberationem comparata eſt ſolutio, non ad alienationem. Quod apud eum ſequitur, id etiam magis oſtendit. *Quemadmodum,* inquit, *non alienantur nummi qui ſic dantur, ut recipiantur. Quid clarius?* Si nummi, qui ſic dantur ut recipiantur, quomodo fit in mutuo, non alienantur, tanto magis debuit dicere, qui ſic ſolvuntur ut recipiantur, non alienari. Sed quomodo poſſet alienatio eſſe ſolutio, ſi Mutui datio non eſt? Clare enim hic teſtatur Vlpianus, Mutui dationem non eſſe alienationem, quia nummi qui ſic dantur, ut recipiantur, non alienantur. At dantur ut recipiantur in Mutuo. Qui igitur ex pacto eos recipit, ſuum recipit, quia non alienavit. Ecōtrario qui ex pacto reddit quod ea conditione acceperat, non alienat, dum ſuum domino reddit, ſed ſe liberat, & obligationem extinguit. Quod in Inſtitutis dicitur pupillum ſine tutoris auctoritate nullam rem alienare poſſe, ideoque nec poſſe pecuniam mutuam dare, hoc ea re ſub nomine interdictę alienationis etiam facere prohibetur, quia corpora nummorum quæ mutuo dantur, alienantur,

ut ſupra oſtendimus: quia pereunt apud accipientem, & ab eo conſumuntur. Quia autem defectu iudicii pupillus poſſet ea credere non idoneo, & male credere idem eſt quod perdere, pro credito perditum, quod ſic mutuo daret, poſſet ipſi evadere. Tum vere mutui datio ei alienatio fieret, ex qua nihil reciperet. In leg. XIV. D. de ſolutionibus, π. ultimo, non dicitur ſolutio eſſe alinatio, ſed ſimpliciter pupillus ſolvere non poſſe ſine tutoris auctoritate, & ſi dederit nummos, non fieri recipientis, & vindicari poſſe. Sin conſumpti fuerint, liberari. In lege ſequenti D. eodem, verba illa, *quia nec alienare ullam rem poteſt,* à mala manu ſunt. Nō enim in ea lege quicquam dicitur de pupillo ſolvente, ſed de eo qui pupillo ſolvit. Negat pupillo ſolvi poſſe ſine tutoris auctoritate, ſed nec delegari poſſe dicit. Sic enim legendum, non *delegare.* Nihil ergo ad rem pertinent verba illa ab aliquo ſciolo inſerta, *quia nec alienare ullam rem poteſt,* ut ſupra demonſtratum in Diſquiſitione de Mutuo. Ut probent ſolutionem eſſe alienationem, alia via inſiſtunt, & indebiti ſoluti exemplo id firmare ſatagunt. Unde vero didicerunt indebitum ſolutum inter aliena-

tionis

tionis ſpecies eſſe referendum, cum inter obligationes reponatur quæ re contrahi ſolent? An alienatio, obligatio eſt? An qui in alium rei ſuæ dominium transfert alienandi cauſa, quo caſu ſolo dominii tranſlatio alienatio eſt, eum ad reddendum quod dedit, obligat? Haud ſane magis quam alienare cenſendus, qui dominium rei ſuæ transferendo obligat accipientem ad illud ſibi reſtituendum. At indebitum perperam ſolutum, condicitur. Sane condicitur etiam res furtiva, quæ non tamen alienatur. In depoſito etiam condictio locum habet, cum depoſiti cuſtos, pecunia ſibi commendata uſus eſt, vel ex voluntate domini, vel etiam contra voluntatem. Condictio nemini competit niſi domino, aut domini Iure agenti. Oſtendant rem aliquam vere alienatam condictione repeti poſſe. Dominium transfertur in ſolutione indebiti. Sane, ſed non alienatur, ut perperam hic interpretati ſunt. Si mutui contractus alienatio eſt, non eſt dubium quin indebiti ſolutio etiam eiuſdem ſit generis. Nam ut ait Iuſtinianus in Iuſtitutis, cum indebitum perperam ſolutum eſt, *perinde is qui accepit obligatur, ac ſi mutuum ei daretur, & ideo condictione tenetur.* At nemo

nemo condictione tenetur qui ex quacunque traditionis cauſa quæ facta ſit animo alienandi, aliquid acquiſierit. *Cum res*, aiunt, *quæ ſolvitur non ſit accipientis, datur vindicatio.* Ita ſane ſi extat, ſed ſi conſumpta ſit, condictioni locus eſt. Leges citare ſupervacuum. Et iam in ſuperiori tractatu id ſatis explicatum.

AD VII.

Ei ſententiæ quæ ſolutionem pro alienatione habet obſtat lex x. D. de alienatione iudicii mutandi cauſa facta. *Si obligatus ſolvero quod à me petere velles , huic edicto locus non futurus .* Hac Theſi reſpondetur , committi fallaciam à dicto ſecundum quid ad dictum ſimpliciter. *Qui ſolvit*, inquiunt, *quod debet , non alienat iudicii mutandi cauſa.* Alienat quidem per ſe & abſolute, ſed non alienat iudicii mutandi cauſa, nec ut alium adverſarium ſuo loco ſubſtituat. Sed hæc inepta ſunt ac falſa, ut iam in ſuperioribus oſtenſum eſt. Duo debent concurrere, ut contra illud edictum prætoris veniatur, alienatio & fraus, hoc eſt, alienatio in fraudem facta , qua mutetur iudiciũ , & alius detur adverſarius. Non omnis alienatio incurrit in edictum , ſed

ea tantum quæ ad hoc facta videtur, ut alium pro ſe adverſarium parti ſuæ opponat. Qui alia arte id curat quam alienatione, non committit in edictum: qui vero ita alienat, ut ſuſpicio non ſit id feciſſe mutandi iudicii cauſa, nec edicto locus eſt. Qui hæredem inſtituit, qui legat, etſi rem ſuam alienet, iudicio ſuo potius id dare & electioni cenſetur, quam fraudis faciendæ ſtudio hæredem optare cui ſua donaret. *Non tamen alienat,* inquiunt, *qui rem legat, nempe non alienat, iudicii mutandi gratia.* Immo omnino alienat, ſed tali alienationi non intelligitur ſubeſſe fraus, quæ edicto prætoris prohibetur. Cum enim poſt mortem alienantis hæreditas & legatum valeant, non creditur id curaſſe qui ſic alienat quid futurum ſit ſe mortuo, aut quem adverſarium is cum quo litigabat habeat, cum omnino alium ſit habiturus, hæreditate ſua ad quemcunque devoluta. Nec ratio voluit, ut res maxime libera, nempe hæredis inſtitutio & legatorũ donatio, impediretur eo prætextu quod aliquis videretur teſtatus in favorem alterius, aut legatum ei reliquiſſe, eo animo ac ſtudio, ut fraudem faceret edicto prætoris. De mutui datione, quam alienationem ſimiliter

liter eſſe contendunt, nullum apud Iuriſconſultos toto eo titulo verbum. Nec ſane potuit, quia mutuum non eſt alienatio, quoniam qui dat mutuo, ſic dat ut recipiat. Nam & in vera alienatione, tametſi quis eam ad hoc primo inſtituiſſet facere, quo in edictum prætoris committeret, ſi poſtea recepiſſet quod ſic alienaſſet, non tenebatur edicto, ut diſerte ſcriptum eſt in leg. VIII. D. eodem. *Si quis alienaverit, deinde receperit, non tenebitur edicto.* Multo ergo minus qui ſic dat nummos ut recipiat, teneri edicto putandus, quia nec omnino alienari cenſentur nummi ita dati, leg. I. D. de ſolutionibus. At ſi quis pecuniam ſibi ex cauſa mutui debitam, remitteret debitori ſuo, & id faceret mutandi iudicii cauſa, edicto locus eſſet. Nam & vere alienaret, & præterea in fraudem etiam prætorii edicti id faceret. Si alienat autem qui debiti gratiam facit, non cenſeri debet alienaſſe qui id repetiturus dedit. E contrario ſi quis debitam pecuniam à creditore ſibi remiſſam, non repetenti creditori nec ius amplius habenti repetendi, vellet ſolvere, re vera alienaret, & ſi hoc faceret, in edictū caderet. Qui vero obligatus ſolvit quod à ſe petere vellet

let creditor, qui ius nimirum haberet repetendi & voluntatem, non edicto tenetur, quia nec alienat qui ſolvit, & qui ſolvere cogitur quod ab ipſo Iure repetitur, non facere id in fraudem edicti credi poteſt. Hic ſenſus eſt illius legis. Non eſt ſimile porro quod pro ſimili afferunt, de creditore qui reſpectu cautionis iudicio ſolvi, negatur poſſidere pignus. Cum enim is qui legat ſemper alienet, nunquã tamen alienare creditur in fraudem edicti, quo prohibetur alienatio iudicii mutandi cauſa. In creditore qui rem pignoris nexu tenet, aliud eſt. Cum pignoris dominus maneat is qui dedit, animo ſemper illud poſſidere & dominium eius retinere putatur. Quia tamen creditor qui tenet, & in poteſtate ſua habet rem pignori datam, etiam poſſeſſor eius eſſe videtur, ideo poſſidere quoque dicitur. Nam, ut ait Philo, τὰ ἐνέχυρα μᾶλλον τῶν δανειζόντων ἐστὶν ἢ τῶν δεδανεισμένων. *Pignora magis ſunt creditorum qui ea tenent, quam debitorum qui dederunt.* Sed cum de ſatiſdatione quæſtio eſt, non habetur pro poſſeſſore creditor, ſed debitor. Ideo non cogitur hic ſatiſdare. Iulianus tamen ſimpliciter negavit creditorem poſſeſſorem eſſe pignoris, ſed debitorem

poſſi-

poſſidere qui dedit, leg. XXXVI. D. de acquirenda poſſeſſione. *Qui pignoris*, inquit, *cauſa fundum creditori tradit, intelligitur poſſidere*. Sed & lex XXXV. D. de pigneraticia actione, non ſimpliciter poſſeſſorem agnoſcit pignoris creditorem, ſed poſſeſſionem duntaxat habere dicit. Nec aliud docet lex XV. D. qui ſatiſdare, cogantur, quam tamen profeſſor Iuris attulit, ut probaret, creditorem non poſſidere, reſpectu cautionis iudicio ſiſti. Hæc eius verba ſunt : *Creditor qui pignus accepit, poſſeſſor non eſt, tametſi poſſeſſionem habeat, aut ſibi traditam, aut precario debitori conceſſam*. Etiam poſſeſſionem pignoris ad creditorem tranſlatam dicit lex XXXV. de pigneraticia actione, non tamen poſſidere eum aut poſſeſſorem eſſe. *Pignus*, inquit, *manente proprietate debitoris, ſolam poſſeſſionem transfert ad creditorem*. Non igitur iſtæ duæ leges inter ſe diſſident, nec alia poſſidere pignus creditorem negat, alia affirmat, ſed utraque poſſeſſionem pignoris habere dicit, non poſſeſſorem eſſe. Ex illis igitur legibus clare perſpicitur, aliud eſſe poſſidere, aliud poſſeſſionem habere, vel in poſſeſſione eſſe. Sic aliud fuit cum in poſſeſſionem prætor

tor mittebat, & cum poſſidere iubebat. Lex quidem XXII. D. de noxalibus actionibus, perſpicue dicit, eum qui pignori accepit *iuſte poſſidere*, ſed addit, non tamen *opinione domini poſſidere*. Ideo non tenetur noxali actione qui ſervum ita poſſidet, nam hic quoque in poteſtate domini intelligitur, ſi facultatem eius repetendi dominus habeat. Poſſeſſionem igitur ſervi potius habet quam eum poſſidet creditor qui pignori accepit. Non enim opinione domini eum poſſidet. Falſum eſt itaque quod notant Doctores ad leg. XXXVI. D. de acquirenda poſſeſſione, debitorem poſſidere fundum pignoratum quoad uſucapionem, & ad vitandam ſatisfactionem. Immo revera poſſidet eum, & verus eius legitimuſque poſſeſſor habetur, Iure & opinione domini. Creditor vero tantum poſſeſſionem eius habere cenſetur. Non recte etiam in hac Theſi clariſſimus profeſſor affirmat, creditorem negari poſſidere pignus reſpectu cautionis iudicio ſiſti, quod tamen revera poſſideat. Sed hæc ſunt alterius loci.

AD VIII.

Debitor qui rem in fraudem creditoris tradit alii, eam alienat, leg. XXXVIII. π. IV. D. de uſuris. Quid hoc ad mutuum, ut ſit alienatio? *Quia,* inquit, *in alium transfert dominium.* leg. XXVI. D. de contrahenda emptione. Non intelligo vim argumenti. Priore lege quæ citata eſt, ex Titulo Digeſtorum de uſuris, dicitur, *in Faviana & Pauliana actione per quam quæ in fraudem alienata ſunt revocantur, fructus quoque reſtitui.* Ecce rem in fraudem creditorum alienatam. At in ea quæ ſecundo loco allegata eſt, ex leg. XXVI. de contrahenda emptione dicitur, ſi ſciens emero ab eo cui bonis interdictum eſt, dominum me non futurum, diſſimiliter atque ſi à debitore ſciens creditorē fraudari, emero. Quid hæ duæ leges faciunt ſic ſimul allatæ, & inter ſe comparatæ, probationi adſtruendæ de Mutui alienatione? Qui in fraudem creditorum rem alii tradit, eam alienat. Hic ſane ſenſus eſt prioris legis. Quid tum poſtea? Si alienat, inquit, etiā dominium transfert. Rem docet dominus profeſſor minime controverſam nec dubiam. Nulla res alienatur quin etiā dominium

eius

eius transferatur. Sed ſi intelligit, ut videtur, ideo alienari quia dominium eius transferatur, ſollemnia cum aliis peccat doctoribus. Non enim neceſſe eſt alienationē fieri omni dominii trāſlatione. Sed nec leges quas citavit doctus doctor hoc docent, ideo rem alienari quia dominium eius transferatur. Prima meminit bonorum alienatorum in fraudem creditoris, ſecunda emptionis factæ in eorundem fraudem. Emptio autem non fit ſine tranſlatione dominii. Ergo cuius rei transfertur dominium, ea omnino alienatur? Non ſequitur. Qui vendit, rem venditam tradit, & eius dominium transfert, nec alienatum exiſtimatur, quod eſt venditū ante quam fuerit traditum. Hinc recte colligas, ut aliquid alienatum dici poſſit, tradi debere, & dominium eius in accipientem vel ementem transferri, ſed non è contrario alienatum omne cenſeri oportere cuius dominium in alterum tranſlatum ſit. Iuriſprudentia omnis quæ viguit toto imperio Romano uſque ad Iuſtinianū contra ſtat, tranſlationem dominii ab alienatione diſtinguendo. Hæc ipſa lex poſtrema quam citavit id etiam clare oſtendit, dominium transferri citra alienationem.

Qui ſciens emit à debitore quod vendebat in fraudem creditorum, dominus eius fit, dominio in ſe tranſlato. Hanc abalienationem eſſe Iure veteri nemo poſſit dicere. Nam creditoribus qui ex ſententia præſidis bona ſui debitoris poſſident, *Permittitur reſciſſa traditione eam petere, id eſt, dicere, eam rem traditam non eſſe, & ob id in bonis debitoris manſiſſe*, ut eſt in Inſt. lib. IV. de Actionibus. Dominio tranſlato & traditione facta, videtur res tamen in bonis debitoris manſiſſe, nec vere proinde alienata. Ideo actione Pauliana rem ipſam petebant creditores quam in bonis debitoris manſiſſe intendebant. Actio igitur Pauliana in rem, non in perſonam, quantumvis Gloſſa & Doctores reclament. Novo argumento, ex albo actionum in rem eam eſſe eradendam, profeſſor Franekeranus contendit, quia actio in rem datur domino, leg. XXIII. D. de rei vindicatione, creditores autem non ſunt domini. Immo ſunt eo caſu quo datur illis Pauliana actio ad rem petendam, quam in bonis debitoris fuiſſe, & eſſe adhuc intendunt, poſtquam nimirum ſententia prætoris ea bona poſſidere iuſſi ſunt. Nullus eſt, inquit, dominus obligationis. Non hic agitur

tur de obligatione, ſed de poſſeſſione, bonorum debitoris, data creditoribus, qui alienata in fraudem ſuam, vindicant, & petunt, actione Pauliana quæ in rem erat. Quod negat profeſſor Friſiorum, obligationis eſſe dominium, vellem me doceret, utrum rei quæ ex obligatione debetur, dominus ſit magis is qui eam debet, an cui debetur? In bonis creditoris obligationes eſſe, docet lex XLIX, D. de V. S. Ergo in bonis debitoris non erãt. Leges autem aliquot *eorum quæ alienata ſunt in fraudem creditorũ*, mentionẽ facientes ex uſu cõmuni ita loquuntur, quia alienata ea voluit debitor qui vendidit, & emptor credidit, cũ tamen revera ac Iure ipſo nulla ſit talium alienatio. Nam & Pauliana actio datur creditoribus ad rem ſic venditam vindicandam, & in Iure petendam, velut manſerit ſemper in dominio debitoris. Non igitur pro alienatis, quæ ſic vendita & tradita fuerunt, prætor habuit.

AD IX.

Si procurator meus, vel tutor pupilli, rem ſuam quaſi meam vel pupilli tradiderint, non receſſit ab iis dominium, & nulla eſt alienatio, quia nemo errans rem ſuam amittit. Leges

deinde ſubiiciuntur, quibus id probatur. Non video quorſum hęc pertineant ad alienationem Mutui obligationi adfingendam. Cum hæc Theſis contra noſtram ſententiam nihil faciat, neque nos contra eam quidquam ſumus dicturi.

Ad X.

Aſſumo iam ex ſuperioribus Theſibus. Atqui mutuo transfertur dominium. Nimirum hoc illud erat quod tanto molimine & ambitu præcedentibus Theſibus demonſtrare conatus eſt acutus diſputator, tranſlatione dominii rem alienari. *Atqui*, inquit, *Mutuo transfertur dominium.* Hoc ultro conceſſit & confeſſus eſt Salmaſius. Ne laboret Theſium auctor in concluſione colligenda, hoc etiam ipſi gratis cum Salmaſio largimur, quod ſic in Mutui datione transfertur dominium, alienari quoque. Non inde tamen conſequi neceſſe eſt, ipſum Mutui contractum, & obligationem quæ ex eo per rei dationem naſcitur, eſſe alienationem. Non minus transfertur, nec minus alienatur dominium in depoſiti genere, quo tantumdem redditur. Age audeat, ſi poteſt adfirmare tale depoſitum generibus alienationum eſſe accenſendum. Eſt etiam

genus

genus locati in quo non idem ſed tantumdem redditur, ac proinde id ita fieri oportet tranſlato rei locatæ & alienatæ in accipientem & conductorem dominio. Si tanta animi fiducia ex Iuris ſcientia ipſi ſurgit, audeat etiam locati ſpeciē actibus alienandi adnumerare. Quod ad mutuum attinet, non aliud telum in eum iam vibrabimus quam quod iam ſæpius intortum, nunquam cecidit nec caſurum eſt irritum. Ex leg. 1. D. de ſolutionibus, *nummi, qui ſic dantur, ut recipiantur, non alienantur*. Nam ut recte Salmaſius docuit, tranſit dominium rei mutuo datæ, non ad alienationem ſed ad obligationem contrahendam. Qui enim fieri poteſt, vel animo fingi, ut quo dato obligatio contrahitur ad reddendum, id pro alienato cenſeatur? Sed his omnibus rationibus non frangi ſe patiuntur dura capita. Tranſit dominium. Ergo mutuo, inquit, res alienatur. *Immotum enim eſt Iuris axioma: Omnis tranſlatio dominii eſt alienatio*, dicta leg. 1. Cod. de fundo dotali. Ut eſſet axioma Iuris immotum, debuit ita concipi hæc regula: *Omnis actus per quem dominium transfertur alienantis animo & alienandi cauſa, alienatio eſt.* Sicut in ipſa lege concipitur, non poteſt eſſe

generale. Nam de fundo dotali ibi agitur. Ergo ne ad alios quidem fundos debet extendi, quam ad illud genus de quo ibi tractatur, qui in dotē dati ſunt. At nos hic de mutuo diſputamus, quod nō in rebus ſoli cōſiſtit, ſed in rebus quę pondere, numero, menſura cōtinentur. In hoc rerū mobilium genere, ſic transferri dominiū ſolet, ut ab accipiente conſumatur, & aliud pro eo eiuſdē generis ſubſtituat, ac reſtituat, pōdere, numero ac menſura pari. Nec alienatę res cenſentur quę ſic dantur ut recipiantur, ut diſerte teſtatur dicta lex L. de ſolutionibus. In fundis & prędiis quarum alia natura eſt, aliter etiam ſe res habet. Non poſſunt recipi niſi iidem, ſi quādo hac conditione alteri tradantur, ut poſtea recipiantur, ut cum ceduntur ad uſum fructum, vel locantur in longū tempus ad ἐμφύτευσιν, vel in dotē dantur. Quoniam hic de dote ſermo eſt, & de dotali fundo, hinc probare licet transferri dominium citra alienationē. Datæ dotis maritus dominus efficitur. Non tamē ea cenſetur alienari, nec dicitur alienata quæ recipienda eſt. Præterea cum mulier domina dotis dicatur, non alienatum id haberi poteſt cuius domina manſit illa quæ dedit. Tranſlatum tamen eſſe domi-

nium

nium dotis, nemo poteſt negare, nec poteſt quiſquam affirmare alienatum eſſe. Ita dominus eſt dotis maritus, & dotalis fundi, ut nec alienare illum fas habeat, neque hypothecæ dare ne muliere quidem conſentiente. Ad ſolos fructus percipiendos dominium illud habet maritus, atque ut inde onera matrimonii ſuſtineat. Vxor domina vera dotis manet Iure naturali, cum civile tantum ſit marito in ea dominium. Unde nec *tradi dos* dicitur, quod verbum in omni alienationis actu locum habet, ſed *dari*, quod de his etiam uſurpatur quæ ſic dantur, ut recipiantur. Ita igitur *doti dari* & *in dotem* res dicitur, ut *mutuo dari* & *in mutuum* quæ utique recipienda eſt. Dotis datio eſt quia non alienatur, non traditio: ut mutui datio eſt, non etiam traditio. Si fundus in dotem datus; non alienatus cenſetur, quamvis dominium eius in maritum tranſierit, non magis alienatæ videri debent res quæ pondere, numero, & menſura continentur, ſi quando in dotem & ipſæ datæ ſunt. Non enim diverſa dotis natura eſt, quæ in rebus ſoli conſiſtit, & quæ in quantitate, ut nimirum iſtæ cum dantur doti, alienentur, illæ non. Quod attinet ad illud

axioma Iuris, quod immotum fixumque ſtare volunt, omnem tranſlationem dominii eſſe alienationem, ex his quæ de dotali fundo diximus, & rebus dotalibus, totum ruit. Sed nec vidit argutus Iuris profeſſor, hac in parte haud minus cæcus quam alii conſimiles doctores, verba illa quæ pro axiomate habent generali ad ſolam fundi dotalis alienationem eſſe reſtringenda, nec Severi eſſe qui legem condidit, ſed Iuſtiniani qui illa eo loco curavit adtexenda, ut ius ſuum pro Iure veteri quod Severi ætate obtinebat, ibi inſereret. Teſtatur ipſe in Inſtitutis & in Codice Tit. de rei uxoriæ actione, ſe legem Iuliam correxiſſe, quæ habebat locum tantum in ſoli rebus Italicis, ut ne eas marito liceret alienare, vera nimirum alienatione, quæ *mancipatio* dicebatur, & in rebus mancipii ſolis celebrabatur. In provincialibus igitur prædiis, ſive ſtipendiaria eſſent, ſive tributaria, id non obſervabatur. Iure igitur quod ſub Severo in uſu fuit Romanis, non potuerunt ea locum habere, quæ in eadem lege leguntur: *Omnis actus per quem dominium transfertur alienatio eſt.* Ea quippe tempeſtate non alia alienandi ſpecie vetabatur maritus invita uxore prædium dotale

alie-

alienare, quam qua ſolebant res mancipii abalienari, id eſt, traditione nexu. Eaque uſurpari tantum ſolita fuit in prædiis Italicis, quæ inter res mancipii cenſebantur. Cætera prædia in provinciis ſita traditione ſimplici & naturali dominium mutabant, ſed non abalienabantur. In his, ſi quando doti darētur, licuit marito ius domini ita exercere, ut eorum dominium traditione transferret, vel invita uxore. Etiam Italica prædia in dotem data potuit maritus ſimplici traditione in alium transferre, dum nec ea abalienaret ea ſollemnitate qua res mancipii ſolerent alienari. Sic enim traditorum, quantumlibet dominium eorum tranſlatum foret in alterum, non tamen alienatio facta cenſebatur, quia dominus ex Iure Quiritum ſemper manebat is qui ea tradiderat, cum penes accipientem ſolum dominium naturale hæreret. Ex his luce clarius apparet, non poſſe cohærere Iuris illud axioma doctorum, quo omnis actus transferendi dominii alienatio habetur, cum eo Iure quod obtinuit Severo imperante, & legem illam dictante. Sunt igitur à Triboniano, qui cum ageretur de alienatione fundi dotalis in ea lege, ut ad Iuriſprudentiā Iuſtiniani legem illam

illam accommodaret, ſciri voluit prohibita fundi alienatione omnem actum per quem dominium transfertur, eſſe pro alienatione habendum. Quo nomine videtur etiam uſusfructus dationem comprehendiſſe, & hypothecam. Quorum neutrum licuit marito in fundo dotali. An magis mirum porro, Iuſtinianum ſub omni actu dominii transferendi hæc involviſſe cum alienatio fundi dotalis agitur, quam alienationis nomine, cum lex eam inhibet, aut teſtator, aut pactio contrahentium? Sic enim conſtituit leg. ult. Cod. de rebus alienis non alienandis. *Sancimus, ſive lex alienationem inhibuerit, ſive teſtator hoc fecerit, ſive pactio contrahentium hoc admiſerit, non ſolum dominii alienationem, vel mancipiorum manumiſſionem eſſe prohibendam, ſed etiam uſusfructus dationem, vel pignoris nexum penitus prohiberi.* In hoc caſu iam ſumus, Lex Iulia à Iuſtiniano ampliata, & correcta, inhibet alienationem fundi dotalis. Cui dubium vel ex iſta lege Iuſtiniani quam iam produximus, quin hæc omnia in alienatione fundi dotalis vetita, voluerit prohiberi, ut in hac, qua ſanxit & uſusfructus dationem, & hypothecam penitus prohiberi, cum lex aliqua inhibet alienationem?

tionem ? Ut alienationem, & dominii tranſlationem pro eadem re accipiamus, idem Iuris in utraque eſſe debet. Nam & quodammodo dominium transfert qui uſumfructum concedit rei in qua habet proprietatem, & qui fundum ſuum hypothecæ dat, ut ad ſequentem Theſin dicturi ſumus. Si quis eſt igitur, qui ex illa prima lege de fundo dotali paratus ſit concludere, omnem actum quo dominium transfertur eſſe alienationem, quia Iuſtinianus ita ſtatuit ea lege qua fundi dotalis alienatio inhibetur, idem quoque eadem ratione motus debet pro certo tenere, & uſusfructus dationem, & hypothecam inter alienationum genera eſſe referenda, quia Iuſtinianus lege illa ultima Codicis, de rebus alienis alienandis, ea quoque comprehendi voluit cum lex alienationem inhibet, aut teſtator, aut contrahentium pactio. Reſtat adhuc una lex quā Theſium auctor in hac Theſi attulit, ut firmaret illud ſuum immotum Iuris axioma, omnem tranſlationem dominii eſſe alienationem. Ea eſt LXVII. D. de V. S. Quid illa dicit quod huic firmamento conducat? *Alienatum non proprie dicitur quod adhuc in dominio venditoris manet, venditum tamen recte dicitur.* Recte

&

& ordine faciunt doctores, cum nudos citant legum paragraphos. Nam ſi verba ipſa proferrent, ſæpe teſtimonium contra ſuum citatorem illa dicerent. Ut hoc loco lex illa allata verbis ſuis, nihil facere deprehenditur pro illo axiomate. Vt aliquid alienatum dicatur, traditum quoque eſſe debet. An inde ſequitur, quod traditum ſit, eſſe ſemper alienatum? Exemplo ſit fundus dotalis. Per traditionem, inquit Theophilus, maritũ uxor dominum facit univerſę dotis, Inſtit. Tit. VIII. ἐπιδέδωκε δὲ καὶ ἀγρὸν, καὶ διὰ τῆς τραδίτιονος δεσπότην αὐτὸν ἐποίησε τῆς πάσης προικός. Sed melius abſtinuiſſet, ut & alibi Tribonianus, nomine *traditionis*. Non enim traditione ſed datione mulier dominium fundi dotalis, & reliquarum rerum dotalium, transfert. Quæ traditione accipimus, eorum naturaliter dominium acquirimus. At mulier naturaliter dotis eſt domina, non maritus. Dominium certe transfert dotis datione, non naturale ſed civile. Nec tamen dominium alienat. Ergo non obſtante illo Iuris axiomate, dominii datur tranſlatio ſine alienatione.

Ad XI.

Præfracte contra idem contendit, transferri dominium etiam citra alienationem. Ille idem Salmaſius. Cur non hoc præfracte contenderet, quod negari non poteſt, niſi à præfracte imperitis? Verba deinde Salmaſii ſubiicit: *Si enim omnis dominii tranſlatio pro alienatione eſt, locatio erit etiam alienatio. Nam & in conductione etiam dominium transfertur.* Statim ſub hæc clamare incipit. *Quid vero eſt, impingere in principia Iuris, ſi hoc non eſt?* Si omnes rationes Salmaſii ſub unũ conſpectũ dediſſet, nihil quod ſit contra principia Iuris illas continere, facile lector vidiſſet. Sed dum eas per particulas vellicat & carpit, ut ſolent qui Theſes conſarcinant, omiſſis quę contra ſe faciunt, acceptis quæ infirmiora videntur, ita ſibi triumphum ipſi decernunt priuſquam vicerint. *Quis fando,* inquiunt, *audivit locationem eſſe modum quo transfertur dominiũ?* Audiverunt id ſane ac didicerunt, quibus legere placuit Codicem de legibus Hebræorum forenſibus editum à celeberrimo viro, & harum litterarum peritiſſimo, Conſtantino Imperatore. Ibi habetur lib. I. cap. IV. ſectione IX. *Quum bos traditur cuſtodi gratuito,*

tuito, commodatario mercenario, vel conducenti, hos in locum dominorum ſuccedere. Non aliud dici poteſt de omnibus conductoribus,qui re ſibi locata uti frui nō poſſunt, niſi in dominorum locum ſuccedant, & dominium eius accipiant. Qui agrum colonus, qui ædes inquilinus conduxit, non aliter iis utitur quam ſi dominus eſſet. *Sed refragantur Romanæ leges, reclamant omnes quotquot locatorem appellant dominum.* Non vero proximum eſt eas leges Salmaſio inauditas & ignoratas fuiſſe. Sed ſunt etiam leges quæ conductorem *dominum* appellant. Nam emphyteuticarius quod aliud quam conductor? Hi *domini* appellantur leg. XII. Cod. de fundis patrimonialibus. Abuſive ita vocari Profeſſor Franekaranus affirmat in Theſi XVII. infra. An leges & conſtitutiones Imperatorum abuſivis utuntur loquutionibus cum aliquid ſanciunt obſervandum populis? At in ea lege pronuntiatur clare, emphyteuticarios eſſe fundorum dominos. *Licentia eis conceditur etiam libertates mancipiis ex fundis patrimonialibus atque emphyteuticariis, cum fundorum ſint domini, præſtare.* Emphyteuſin non eſſe alienationem, inter omnes veteres prudentes Iuris convenit, vel eo nomine

mine quod penſionē annuam ſolvant emphyteuticarii. Cui? Certe domino. Nam pro re ſua nemo quidquam alicui præſtare cogitur. Non igitur domini fundorum emphyteuticarii, ſicut illa lex eos appellat. Sunt domini quodam reſpectu, quia utuntur fruuntur: & alio reſpectu domini ſunt, qui proprietatem fundi habent, & quibus canon ſolvitur. Maritus, ut ante dicebamus, dominus eſt dotalis fundi: mulier quoque quæ dedit, eius domina. Hæc non inter ſe pugnant. Et uterque dominus eſt, diverſa ratione, & diverſo Iure. Mariti certe dominium intra ſolam fructuum perceptionem conſiſtere videtur. Certe minus Iuris in eo habet quam emphyteuticarius in eo quē poſſidet. Nā & hic poteſt ſuum alienare, & alii vendere, item hypothecæ dare. Neutrum licet domino fundi dotalis. Pignus poſſidere dicitur debitor, poſſidere etiam id creditur creditor, ſed alio Iure. Opinione domini, ut lex loquitur, & pro domino, non id poſſidet. At revera illud poſſidet debitor qui dedit. Hæc non contraria ſunt, ut poſſeſſor dicatur creditor, & debitor, ex æquo eiuſdem pignoris. *Suum eſſe* quod cui debetur, pro regula Iuris Vlpianus poſuit, in titulo

de Verborum ſignificatione. Attamen cum *ſuum argentum* legat aliquis, non comprehenditur illud quod eſt in nominibus, & quod debetur Teſtatori, quamvis ſuum illud ei ſit. Sic idem ſuum eſt argentum, & non ſuum creditori quod illi debetur, diverſa notione. Nihil igitur prohibet & locatorem dominum dici qui proprietatis eſt dominus, & conductorem eo quoque nomine appellari qui domini loco eſt dum utitur fruitur re conducta. Quid enim eſt proprietas ſine uſu? Omnia quæ poſſidemus, ſiquis recte calculum ponat, noſtra ſunt uſu potius quam mancipio. Quid enim eſt dominium, niſi ius ac poteſtas re quapiam utendi & abutendi? Aedibus locatis non ſolum utitur conductor, ſed multa ſunt in iis quibus abuti debet Iure domini, quia eorum uſus non aliter conſtat quam in abuſu, ut ſpecularia, pavimenta teſſellata, ſeræ, claves, & alia quædam, quæ ſi abuſu deteriora fecerit, aut perdiderit, reficere tenetur, & nova in eorum locum ſubſtituere, non eadem, ſed eiuſdem generis ac formæ materiæque. De quibus Salmaſius in Diatriba de Mutuo. Nam prout lex locationi in talibus dicta eſt, ita ſervari debet. Et non eadem

dem ubique conſuetudo ſuper his obtinet. Agrum colonus, id eſt, conductor, ita arat, colit, exercet, ut ſuum. Qui in fundo alieno ſuperficiem habet, id eſt, ædificium pro quo penſionem præſtat annuã domino proprietatis ac ſoli, ſuum illud ſuperficiarium ædificium vocare poteſt, ac eius dominũ ſe dicere, quamvis cedat ſolo, & utriuſque vere dominus ſit qui ſoli in quo conſtructum eſt dominium ac proprietatem habet. Superficiarius qui tale poſſidet in ſolo alieno ſuperficium, cum ſit inquilinus vere & conductor, nihilo ſecius & pro domino habetur, & quaſi dominus utilibus ſolebat adiuvari actionibus, ut eſt in leg. 1. D. de ſuperficiebus. Hæc ædificia ſuperficiaria etiam in bonis eius qui ea poſſidebat, numerabantur, leg. XLIX. D. de V. S. *In bonis noſtris computari ſciendum eſt, non ſolum quæ dominii noſtri ſunt, ſed etſi bona fide à nobis poſſideantur, vel ſuperficiaria ſint.* Intelligit per *ſuperficiaria* ea ſuperficia, ſive ſuperficiarias ædes, quæ in conducto ſolo poſitæ erant, *quarum proprietas & civili & naturali Iure eius eſt cuius & ſolum,* inquit Caius l. ult. D. de ſuperficiebus. *Superficium* vel *ſuperficies* proprie ſignificat ædificium ſupe-

rius alteri ſuperpoſitum, quod in plano eſt poſitum, & de plano aditur. Ε᾽πίπεδον hunc οἶκον vocant Græci vel etiam στέγην quæ plana, & unius tabulati eſt vel tecti domus. Μονόστεγον etiam appellant. Si alterum tabulatum impoſitum ſit, hoc δίστεγον dicitur Græce, vel ὑπερῷον vel ἀνώγεον. Latine *ſuperficium*, vel etiam *ſuperficies*. Optimæ Gloſſæ: *Superficies*, ὑπερῷον. In aliis, δίστεγον, *ſuperficies*. Fiunt & τρίστεγα ex tribus tabulatis, quæ *ſtagia* quaſi στέγια vulgo nuncupamus. *Cænaculum* etiam Latini vocant, quod Græci ὑπερῷον, vel ſuperficium. Ita poteſt aliquis cænaculum, vel ſuperficium habere ſupra alterius ædes in pede plano poſitas, cuius ſolū ad hunc ipſum Iure proprietatis pertineat. Nam & hic ſolo cedit ſuperficies, ut eſt in leg. V. π. VII. D. uti poſſidetis. *Sed ſi ſupra ædes quas poſſideo cænaculum ſit in quo alius quaſi dominus moretur, interdicto uti poſſidetis me uti poſſe Labeo ait, non eum qui in cænaculo moraretur, ſemper enim ſuperficiem ſolo cedere.* Hic omnino inquilinus eſt, quem quaſi dominum agnoſcit illius cænaculi in quo moratur, Iuriſconſultus. *Superficiarium* vocat paragrapho ſequente, & *locatorem*, quem etiam proprio interdicto, & actionibus à prætore

uti

uti dicit, quamvis dominus ſoli potior ſit interdicto uti poſſidetis, tam adverſus illum quam adverſus alium. Eſt & aliud genus ſuperficii quod in alieno ſolo totum inædificatum eſt, & quamvis μονόςεγον ſit, vel ἐπίπεδος οἶκος, *ſuperficii* tamen nomine appellatur, quia ſolo ſuperpoſitum eſt, quod ἐπίπεδον etiam dicitur. Hæ ſunt *ædes ſuperficiariæ* Caio. Harum inquilinus eodem Iure utitur quo alter ſuperficiarius quem *cœnacularium* licet appellare. Is eſt enim qui ſolum vel aream ea conditione conduxit à domino, ut in eo ſibi ædificium ponere liceret, in perpetuum tenendum ſub annuo ſalario vel in annos novem & viginti. ἐμβατευτικὸν hoc ius dici volunt leg. III. D. de rebus eorum qui ſub tutela. Sed verbum ἐμβατεύειν Græci tam de ædibus quam de ſolo vel agro docent uſurpari, pro eo quod eſt poſſidere, & uti frui. Κατέχειν καὶ καρποῦσθαι τὸν ἀγρὸν ἢ τὴν οἰκίαν exponunt. Nec dubium quin idem interdictū de retinenda poſſeſſione, exemplo interdicti uti poſſidetis, emphyteutæ, ut & embateutæ, ſive ſuperficiario, competat, cui etiam dedit prætor actionem ſuperficiariam, quæ eſt quaſi de proprietate ſuperficiei. Nam & *ſuperfi-*

cies etiam uſurpatur de vineis arboribus, vel arbuſtis quibus ſolum conſitum eſt. Multi autem agros ea conditione in longum tempus, vel in perpetuum, conducebant, ut eos arboribus vel vineis conſererent. Qui proprie inde dicti ſunt *ἐμφυτευταί*. Quorum idem omnino ius quod ſuperficiariorum eiuſmodi de quibus diximus. *Quaſi dominum* appellat talem ſuperficiarium conductorem Ulpianus, lege qua ſupra, D. uti poſſidetis. *Domini* vero abſolute vocantur leg. XII. Cod. de fundis patrimonialibus. Quod autem ad *dominum ſoli* attinet, earum ille ædium quæ in ſolo inædificatæ ſunt proprietatem habere dicitur tam Iure naturali quam Iure civili, leg. ult. D. de ſuperficiis. Idemque eſt & de illo quod alius conduxit, ut arboribus vel vineis conſereret. Hoc nõ impedit ne dominus etiam appelletur is qui conduxit. Non proprietatis dominium habet, ſed uſusfructus. Quod alterum eſt dominium. Nemo hodie dubitat *dominos* appellare emphyteuticarios conductores, & feudatarios colonos qui vel ædes ſuperficiarias in ſolo alieno, vel agros alienos poſſident, ſub conditione reditus annui vel cenſus, quem domino præſtant. Dominium eſt

pro-

proprietatis, & dominium fructus. Ut aliquis habet dominium proprietatis Iure naturali & civili, ita alius dominium fructus utroq; Iure ſibi poteſt vindicare. Non minus in fructu *dominium* & *poſſeſſio* diſtinguitur quam in proprietate. Poſſidere animo fructum dici poteſt etiam qui non utitur fruitur, cum ius habeat utendi fruendi. Dominium fructus habet qui revera fruitur. Atque ita exponenda lex 111. D. ſi uſusfructus petetur. *Qui uſumfructum traditum ſibi ex cauſa fideicommiſſi deſiit in uſu habere tanto tempore quanto ſi legitime eius factus eſſet, amiſſurus eum fuerit, actionem ad reſtituendum eum habere non debet. Eſt enim abſurdum plus Iuris habere eos qui poſſeſſionem dumtaxat uſusfructus non etiam dominium adepti ſunt.* Ad quæ verba notavit doctiſſimus interpres: *Immo fructuarius non nudam poſſeſſionem uſusfructus habet, ſed etiam dominium.* legeſque citat quibus id probet. Nihil opus erat iſtis, nec ea etiam obſervatione. Non enim negat hæc lex fructuarium uſus fructus dominium habere, ſed diſtinguit inter illum qui poſſeſſionem tantum fructus habuit quia non uſus eſt, & illũ qui vere dominium habuit, nempe utendo. In eadem lege pro illis verbis, *ſi legitime*

eius factus eſſet, legendum cenſerem, *ſi legitime eo fruitus eſſet.* Nam legitime eius factum eſſe uſumfructum dubitari non poteſt, cum traditum dicat ex cauſa fideicommiſſi. Vbi notabis etiam verbum *tradendi* uſurpari in uſufructu, ut in proprietate fundi cuius dominium traditione acquiritur. Factus eſt igitur legitime uſusfructus illius qui traditum ex cauſa fideicommiſſi accepit, ſed deſiit in uſu habere. Hic ergo legitime eo fruitus nō eſt. Fructuarios, id eſt, qui uſusfructus dominium habebant, *dominos* etiam appellatos eſſe, docet lex VIII. D. de rebus auctoritate iudicis poſſidendis, ubi Ulpianus dicit, *in venditione bonorum etiam uſumfructum venire, quia appellatione domini fructuarius quoque continetur.* Nam & in bonis quoque computabatur, ut patet ex leg. XLIX. de V.S. Alibi Paulus dixit *uſumfructum partem eſſe dominii*, ut leg. III. D. de uſufructu. Dominium eſt proprietatis, & dominium etiam uſusfructus, cuius proprietas quoque ac poſſeſſio æque dicitur ac fundi ipſius. Cicero in epiſtola ad Curium: *Attici noſtri quando proprium te eſſe ſcribis mancipio & nexu, meum autem uſu & fructu, contentus iſto ſum. Id enim cuiuſque eſt proprium quo quiſ-*

que

que utitur & fruitur. Ex his liquet perſpicue, æque dominum dici quamvis alio titulo qui uſumfructum in fundo habet, vel in ædibus, & qui proprietatis ipſius dominium ſibi vindicat. Fructuarius autem non diſtat ab emphyteuticario, vel ſuperficiario, niſi quatenus hi penſionem præſtant annuam pro uſufructu, fructuarius cum habet gratuitum. Quæ eadem differentia eſt, inter mutuum gratuitum, & uſurarium. Iſtud locatio eſt, illud non eſt. Sic qui uſumfructum conducit, eodem loco eſt, atque ille qui pecuniam. Nam & uſus eius æque locatur, ut & fundi. Paſſim enim ita loquuti ſunt auctores veteres, atque etiam Iuriſconſulti. Quod autem in lege 1. D. ſi ager vectigalis, negantur *domini effici* qui à municipibus agrum in perpetuum utendum fruendum conduxerunt, id de dominio proprietatis intelligi debet. Alibi, cum iidem *domini* appellantur, de uſusfructu accipiendum. Cum dominus dotis maritus vocatur, tanquam fructuarius iſto nomine nuncupatur. At emphyteuticus etiam plus Iuris habet in agro conducto quam maritus in dotali ut diximus. Nã alienare illum poteſt, & hypothecæ dare: quod marito non licet. Iam ex his omni-

bus quæ ante notavimus, liquide perſpicitur, cur Iavolenus leg. LV. D. de obligationibus & actionibus, etiam in conductione dominiũ transferri dixerit. Quidquid enim moliri queant doctores & profeſſores omnes Iuris, non efficient ut alius ſenſus ſit horum Iavoleni verborum in prædicta lege: *In omnibus rebus quæ dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium. Nam ſive ea venditio, ſive donatio, ſive conductio, ſive quælibet alia cauſa contrahendi fuit, niſi animus utriuſque conſentit, perduci ad effectum id quod incohatur non poteſt.* Nunc quæro poſt iſta, an Salmaſius in Iuris principia impegerit cum dominium in locatione transferri dixit? Obſtat profeſſor Franckeranus, & adhuc pugnat iſtis argumentis: *Si enim locator dominus eſt, ergo non conductor. Duo namque unius rei non poſſunt eſſe domini.* Hoc verum eſt, ſi eodem Iure & titulo domini eſſe dicantur. Repono ergo: Si mulier dotis domina eſt, ergo non maritus. Quod tamen falſum, æque ac illud, ſi locator dominus eſt, ergo non conductor. Si poſſidet pignus qui dedit, ergo non qui accepit. Ipſe viderit profeſſor qui in Theſi VII. dixit, creditorem *revera poſſidere pignus.* In leg. XV. D. qui ſatiſ-

ſatiſdare cogantur, tam uxor quam maritus fundi in dotem dati poſſeſſores intelliguntur. Addit Theſium ventilator acutiſſimus: *Res locata, commodata, pignorata & depoſita, eodem Iure hactenus cenſentur, quod in bonis conductoris, commodatarii, creditoris, & depoſitarii eſſe negantur.* In bonis, id eſt, dominio, inquit, leg. XLIX. D. de verborũ ſignificatione. Atqui hæc ipſa lex quam argutus Iuris doctor & profeſſor attulit, ipſum revincit & redarguit. Nam expreſſè in bonis noſtris computari dicit, hoc eſt, ut ipſe interpretatur Theſiologus, *dominio*, etiam *ſuperficiaria.* Oſtendat ſuperficiarium non eſſe conductorem, & poſtea negabit in bonis conductoris nõ cenſeri rem locatã. Hinc dominium directum & utile Doctorum. Dum ipſe hanc pugnam ſuam ſecũ componet, ego ad aliam Theſin tranſibo.

AD XII.

Non obſtare ait *legem* LV. D. de Obligationibus & Actionibus. Ego vero obſtare iam in ſuperiore Theſi oſtendi. Quę hic afferũtur ad contrariũ probandũ frivola ſunt, nec tanti, ut propterea vadimonium ſit deferendum, ut illi ſua verba reddam. Cum enim Iavolenus in principio

cipio legis ea verba poſuerit, *in omnibus rebus quæ dominium transferunt, concurrore oportere affectus ex utraque parte contrahentium*: deinde nominatim contractuum aliquot genera recenſeat, in quibus perduci ad effectum id quod inchoatum eſt non poteſt, niſi conſentiat animus utriuſque contrahentium, an aliquis tam cæcus animo eſt, qui non videat, in omnibus illis contractibus quos nominavit, dominium transferri intelligendum? *In omnibus rebus quæ dominium transferunt, ut in venditione, donatione, & conductione, & quolibet alio contractu, dominium nempe transferente, niſi animus utriuſque conſentit, perduci ad effectum, id quod incboatur, non poteſt.* Hæc mens eſt & ſententia Iavoleni.

AD XIII.

Nihil etiam obſtat lex, inquit, 11. D. locati *Locatio & conductio proxima eſt emptioni, & venditioni eiſdemque Iuris regulis continetur.* Immo unice obſtat. Et cum Iavolenus ſupra dixerit, in venditione & in cõductione dominium transferri, hac etiam in parte locatio ſimilis eſt venditioni. Adeo id perſuaſum fuit veteribus iuriſprudentibus, ut *venditiones* vulgo vocarentur Cenſorum locationes,

nes, *quod velut fructus*, inquit Pompeius Feſtus, *publicorum locorum vænibant*. Vnde hoc, niſi quia dominium fructus tranſire in conductorem exiſtimabatur, qui & dominus fundi conducti per hoc cenſebatur? In veteri inſcriptione, ſicut iam Salmaſius in Diatriba de Mutuo obſervavit, locatio agri in centum annos *venditio* vocatur. Sic enim cavetur ab eo qui monumentum poſuit: *Hoc monumentum ſive ſepulcrum hæredem non ſequitur. neque ulli licebit locationis cauſa in annos centum quandoque tranſvendere*. Nam certus agri modus huiuſmodi monumentis adſcribi, & aſſignari ſemper ſolebat. Pecuniæ ad annuos reditus collocatæ venditionem eſſe vulgo opinantur doctores pontificii, quæ locatio eſt ſub uſuris, quaſi mercede annua pacta. Non enim magis venditio eſt, quam fundi locatio, qui in perpetuum ab emphyteuta conducitur. Quæ ſit autem proximitas ſive convenientia inter locationem conductionem, & emptionem venditionem, quæque ſint eædem Iuris regulæ quibus uterque contractus conſtat, ex Caio & Iuſtiniano non magis ignorare potuit Salmaſius quam profeſſor ignoravit Franekeranus. Sed hoc iſte neſcivit, quod ille docuit ex Iavole-

voleno, & aliis Iuriſconſultis, in conductione etiam dominium transferri. Nec aliter factũ oportuit, ſi quidem fructuarius *domini* quoque appellatione continetur, ut ſcripſit Vlpianus dicta leg. VIII.D.de privilegio creditorum.

AD XIV.

Nihil in hac Theſi eſt quod refellere opus habeamus. Nihil habet controverſum. Tractat quibus modis affines ſint & ſimiles inter ſe locationis & venditionis contractus. Sed velim tamen ſcire, & me doceri à profeſſore Iuris doctiſſimo, qui ſint illi *arriatores* quorum in hac Theſi meminit. Si Salmaſius huic doctori reſponderet, non inultum hoc ferre pateretur Iuris profeſſorẽ, qui tã infelici ſucceſſu rem philologorum attingere & attrectare auſus ſit, quandoquidem nolunt iſti ad ſacra ſua acceſſum patere philologis. Qui malum iſti ſunt *Arriatores? Mercatores ſub arrhis empturientes*, ex Sexto Pompeio lib. I. de verborum ſignificatione. Nec iſtud verbi apud Pompeium lego, nec ipſam interpretationem. Sic enim legitur apud Feſtum: *Arilator qui etiam cocio appellatur, dictus videtur à voce Græca quæ eſt αἶρε, id eſt, tolle, quia ſequitur*

mer-

merces, ex quibus quid cadens poſſit tollere. Arilator igitur eſt in Feſti verbis, non *arrbiator*. Sed nec arræ meminit in ea voce explicanda. Nec ex eo poſſis colligere, mercatores eo vocabulo appellari qui ſub arris empturiunt, ut voluit noſter profeſſor. In optimo & vetuſtiſſimo exemplari quod penes me eſt, ſcribitur *Arillator*. Atque ita etiam ſcribunt veteres Gloſſæ, *Arillator*, ἐφέτης, βωμολόχος, πραγματευτής. Et dubium non eſt quin dictus ſit à diminutivo aræ. Nam *arulator* etiam dicitur, ab arula: & alio diminitivo, etiam *arillator* ab arilla. Recte etiam βωμολόχον optimus ille Gloſſarum auctor Græce reddidit. Græci Grammatici βωμολόχους exponunt, de genere quodam hominum ſordido, vili & abiecto, qui lucelli gratia quidvis facere ac pati ſuſtinerent, ἁπλῶς τινες ἄνθρωποι, καὶ ταπεινοί, πᾶν ὁτιοῦν ὑπομένοντες ἐπὶ κέρδει. Adſidebant aris, & carnes victimarum quas domum referre ex ara ius erat, emebāt, quas coctas poſtea pauperioribus venderent. Inde ad alios minutos lucelli ſectatores tranſlatū eſt, qui quaſlibet tenues merces emebant, ut ſcruta, & alia quæcumque vilia mercimonia, ut illa poſſent carius revendere. *Cociones* etiam dice-

dicebantur vulgariter, à coquendo, id eſt, ἑψέται, ut *cocus* & *cocina*, cum vetere verbo Latino dicerentur *arillatores*, ut inquit Agellius lib. XVI. cap. VII. Verbum tamen *cocio* extat apud Plautum in Aſinaria. Nec Laberius qui eo uſus eſt pervulgate id verbum uſurpavit. *Arriatores* cum ſuis arris ſibi retineat doctor, & *Arillatores* Latinitati relinquat. Hi βώμακες etiam Græcis.

AD XV.

Nec Theſis hęc habet quidquam quod nobis adverſetur. Tota in explicando occupata eſt, quibus in rebus differant locatio & venditio. An Aediliciũ edictũ quod eſt de emptione & venditione ad locationes etiã pertineat, fruſtra diſputatur, cum id diſerte neget Vlpianus. Sed hæc diſcuſſio non eſt huius loci.

AD XVI.

Obiicitur præterea lex XXXI. D. locati: *Rerum locatarum duo ſunt genera. unum, ut idem reddatur, ſicuti cum veſtimenta fulloni curanda locantur: alterum, ut res eiuſdem generis reddatur, veluti cum argentum puſtulatum fabro datur, ut vaſa fiant, aut aurum ut annuli. Ex ſuperiore cauſa res dominii manet, ex poſteriore in creditum itur.*

Hanc

Hanc legem Salmaſius obiecerat negantibus in locatione fieri dominii tranſlationem. Reſpondere ſe dicit Viſſembachius ex lege XXXIX. D. eodem. *Non ſolet locatio dominium mutare.* Recte, inquit, *non ſolet.* Mutat enim dominium aliquando, ut in dicta leg. XXXI. Miror, tantum Iuriſconſultum qui etiam id profiteatur publice in illuſtri Academia, non vidiſſe quomodo lex ea XXXIX nihil faciat ad alteram illam quā Salmaſius produxit, explicandam. Sed nec ita verba legis accipienda ſunt, ut cum dicit Iuriſconſultus, *non ſolere locationem dominium mutare*, id intelligi debeat, fieri aliquando. Quid enim aliud eſſet, quam dicere, hoc ſolet fieri, & non ſolet fieri. *Locatio non ſolet dominium mutare.* Quare? quia aliquando mutat, id eſt, aliquando ſolet mutare. Non ſolet mutare dominium locatio, id eſt, omnino non mutat. Nec poteſt aliter accipi. Quod de dominio proprietatis omnnio intelligi par eſt. Vt autem videatur locatio dominium aliquando mutare, non facit lex XXXI. à Salmaſio citata: ex qua colligitur, duo genera eſſe rerum locatarum: unum in quo res eadem redditur: alterum in quo res eiuſdem generis, id eſt, tantundem. Nam de rebus

mobilibus, & quæ pondere continentur, hoc genus locati debet accipi, non de rebus ſoli. Aliter autem rerum quæ pondere.numero, & menſura continentur, dominium tansferri ſolet, aliter prædiorum & rerum ſoli. Sæpicule hic peccant Iuris doctores, dum non diſtinguunt quæ diſtinguenda ſunt. Sic ad dominii tranſlationem quæ fit in Mutuo, id eſt, rebus in pondere, numero, & menſura conſiſtentibus, perperam & inſcite accommodarunt legem I. Cod. de fundo dotali, qua prohibetur eius alienatio marito fieri. In altero illo genere rerum locatarum, dominium rei locatæ transfertur in conductorem, eiuſque proprietas ipſa tranſit & manet & perit apud accipientem, pro qua aliam reddit ex pacto locationis eodem pondere. In prædio quod locatur, non proprietatis dominium transfertur, ſed uſusfructus, quod vulgo *dominium utile* vocant Doctores, cum ipſa poſſeſſione prædii, quod naturaliter à fructuario vel conductore poſſideri intelligitur quamdiu eo utitur fruitur, ut patet ex leg. XII. D. de acquirenda rerum poſſeſſione. *Naturaliter videtur poſſidere is qui uſumfructum habet.* Habet igitur conductor naturalem prædii poſ-

poſſeſſionem cum dominio uſusfructus. Locationis verbum doctores novitii ad locationem modici temporis referunt, modicam autem interpretantur; quæ fit intra decennium. Nam quæ ultra eſt, inquiunt, utile dominium tranfert. Quaſi vero quæ citra hunc temporis terminum fiunt venditiones ſive locationes vectigalium agrorum, non etiam transferant dominium uſusfructus, quod Doctoribus *utile* appellatur. Hæc opinio nec ratione, nec Iuris auctoritate nititur. Cenſores ſolebant ut plurimum locationes vectigalium agrorum ad luſtri tempus facere, id eſt, in quinos annos. Quæ autem ratio, ut conductor, qui agri vectigalis uſumfructum; ſive ut loquuntur Iuriſconſulti, uſusfructus dominium habebat ex locatione Cenſorũ, utile dominium non habere exiſtimaretur, quod is haberet qui ad denos annos conduxerat? Hæc ridicula ſunt. Vtraque locatio tam modici temporis quam decennalis & amplioris, ex æquo *venditio* dicebatur, non ſolum antiquis Romanorum temporibus, ut notatum Feſto, ſed etiam ſub imperatoribus. Si venditionis & emptionis nomẽ habuit illa locatio conductio agrorum vectigalium, vel ad quinos annos fa-

ĉta, dominium æque transferebat, ut ea quæ in centenos annos dabatur. Quinimmo cum & agri quidam vectigales ſolerent annua conductione locari, pariter in his dominium uſusfructus, id eſt, utile, transferri dicendum. Hygenus in libro de limitibus conſtituendis. *Qui ſuperfuerunt agri, vectigales facti ſunt, alii per annos, alii vero mancipibus ementibus, id eſt, conducentibus, in annos centenos, alii quinos, alii plures.* Vides emere hic idem eſſe quod conducere, & *ementes mancipes* exponi conducentes, de his qui in annos quinos conducebant, æque atque illi qui in centenos. Vt in emptione & venditione dominium transfertur, ſed proprietatis, quod *directum* ſolent appellare novitii Doctores, ita in locatione conductione, cum dominium ſimiliter fructus transferatur, venditionis & emptionis nomine apud auctores nuncupatur. Feſtus: *venditiones olim dicebantur cenſorum locationes, quod velut fructus publicorum locorum venibant.* Idem Hygenus paulo poſt, *emptores* vocat qui ſunt conductores, de iiſdem agris vectigalibus: *In his igitur agris quædam loca propter aſperitatem aut ſterilitatem non invenerunt emptores, id eſt, conductores.* Idem ibidem: *Mancipes autem qui eme-*

emerunt (id eſt , conduxerunt) *lege dicta ius vectigalis, ipſi per centurias locaverunt, & vendiderunt proximis quibuſque poſſeſſoribus.* Item: *plures vero finito illo tempore iterum venduntur locanturque , ita ut vectigalibus eſt conſuetudo.* Sic vendere locare idem , emere & conducere idem quoque. Sed in emptione dominium proprietatis transfertur, ſive directum: in locatione uſusfructus dominiũ cum naturali poſſeſſione, quod eſt utile dominium. At in eo genere locati in quo tantumdem redditur , non ſolum rei locatæ dominium transfertur, ſed etiam prorſus alienatur, ut in Mutuo, nec tamen ea locatio alienatio eſt, ut nec mutui datio. Nam in utroque res eiuſdem generis reddi debet, quæ prohibet ne id quod actum eſt, alienationis inſtar habuiſſe videatur. Sed profeſſor legum ait , *proponi ibi exemplum locationis anomalæ, irregularis, quæ notiſſimos locationis terminos excedit.* Quis hoc illi dixit? Vnde didicit? An ex ipſa lege? An ex aliis? Nihil horum. Ergo divinavit quod nuſquam eſt. Ipſa lex ſimpliciter dicit, *Rerum locatarum duo eſſe genera: unum, ut idem reddatur: alterum, ut res eiuſdem generis.* Exempla dat utriuſque locationis. Vtrum genus anomalum ſit, & irregulare,
 non

non addit. Immo quod frequentius in uſu verſatur, licet dicere, illud minus irregulare & anomalum eſſe habendum. Nihil autem communius aut uſitatius, quam, ita aurũ dari aut argentum fabro, ut aliquod corpus ex eo fabricetur, vaſcula nempe aut annulos, aut quid tale. Reddit in opere facto materiam quam accepit ad pondus, non eamdem, ſed aliam eiuſdem generis. Dedi nuper acum auream uxoris fractam aurifabro, ut ex ea ſigillum mihi faceret, ſcalpendũ meis inſignibus. Vidi apud illum acũ ipſam & ſigillum ex alio auro factũ quod, & retulit ad idẽ pondus quod dederã examinatum. Quotidie hoc ita fit, non ſolũ in auro, & argento, ſed etiam in ære, plumbo, ſtagno, ſebo, pice, cera, & aliis omnibus huius generis quæ pondere continentur. Dant vulgo ceram artifici aut ſebum certo pondere, ut cereos inde fingat & candelas; nec curant utrum artifex cerearius ex illa ipſa cera quæ data eſt, eos componat, an ex alia, dum pondus idem in cereo vel ſebacea candela reddat. In omnibus his caſibus & ex omnibus his cauſis rei locatæ transfertur dominium in conductorem artificẽ, eaque in creditum itur, ſi vis etiã, plane alienatur, cum

tamen

tamen locationis hoc genus alienationum generibus accenſendum non ſit. Iuriſconſultus ſane in tali genere rerum locatarum proponendo, nunquam aliter fieri ſolitum oſtendit, quotieſcunque aurum dabatur fabro, aut argentum, ad aliquam fabricaturam inde faciendam. Pro auro & argento quod acceperant, ſemper aliud reddebant. Sic enim ſcribit: *aut eiuſdem generis redderetur, velut cum argentum puſtulatum ut vaſa fierent, aut aurum ac annuli.* Tale etiam genus depoſiti datur, in quo tantumdem, non idem redditur, nec eſt alienatio, quia redditur. De quo inferius erit dicendum. Sed concedamus, locationis illud genus eſſe, ut voluit, exorbitans & irregulare, nunquid minus evincet, dominium transferri ſine alienatione? Quid illis prodeſt ad ſuam tuendam ſententiam, non communem eſſe, nec vulgarem, nec legitimam, nec ordinariam, talem rerum locandarum ſpeciem? Quocunque appellabitur nomine, hoc tamen reſtabit quod negare non queunt, dari locationem quæ dominium rei locatæ transferat, & tamen non ſit alienatio. Quæ deinde affert profeſſor Friſiorum, aut nihil ad rem faciunt, aut nihil contra rem quam defendimus. Non

ſolet fœminis Ius ignorantibus ſubveniri in lucro, ſubvenitur tamen aliquando. Matrimonium interdum dirimitur, alias dirimi non ſolet. Furtum in re propria non committitur, aliquando nihilominus rei ſuæ furtum aliquis facit. His allatis quaſi de ſuggeſtu intonat: *Qua audacia cauſis transferendi dominii accenſetur locatio, quæ interdum dominium mutat? dicta lege* xx. *in navem.* Paulo iratior videtur factus. Quod facile illi condonamus. Vel hoc ſolum quod hic fatetur, locationem interdum mutare dominium, abunde ſufficit adverſus negantem, transferri dominium citra alienationem, & affirmantem, omnem actum per quem transfertur dominium, eſſe alienationem. Satis habet Salmaſius, ſi agnoſcant adverſarii rem adeo ſibi, & ſuæ ſententiæ adverſariam. Sed nec eius hæc mens fuit aut conſiliũ, probare velle, ex eo quod interdum locatio dominium transferat, perpetuo transferre. Tam malus non eſt dialecticus. Illud voluit, in rerum ſoli conductiono ſemper dominium tranſire, nempe uſusfructus cũ naturali poſſeſſione. In mobilibus vero non ſemper, ſed aliquando, ut in illo genere cuius exempla duo Iuriſconſultus propoſuit lege *In navem*

vem XXXI. D. locati. Cui tamen legi non admodum convenire dicit doctor Friſiorum, quod ab eodem Iavoleno reſponſum eſt, leg. LXV. D. de contrahenda emptione: *Quoties materia in qua aliquid præſtatur, immutatur & alienatur, emptio magis quam locatio intelligi debet.* Ut intelligatur talis locatio, qualis in lege Alpheni propoſita eſt, magis eſſe emptio quam locatio, non tamen abſolute emptionem eſſe pronuntiavit, ſed quaſi emptionem. Non ex eo tamen alienationem eſſe huiuſmodi locationem ſtatui poteſt. Nam & locatio prædiorum in longum tempus etiam venditio magis intelligitur, & dicitur, quam locatio, nec tamen alienatio eſt. Sic depoſiti genus in quo tantumdem redditur, quaſi mutuum eſſe dixerunt, & magis mutuum quam depoſitum, non idcirco tamen tale depoſitum quamvis ad naturam Mutui accedat pro alienatione habendum. Sed nec in lege *Convenit* quę Iavolenum habet auctorem; idem omnino caſus eſt, quem Alphenus in ſua propoſuit. In themate legis Alpheni materia rei locatæ alienatur, non etiam immutatur. Nam aurum manet id quod erat, ſed fit accipientis conductoris, & alienatur, in cu-

ius locum aliud eiuſdem generis, bonitatis, & ponderis reddere tenetur. Quod cum fiat, non poteſt videri emptio nec alienatio quod actum eſt, ſed locatio: nam materia eadem redditur, non immutata, niſi per formam quam conductor ex arte ſua ei indere debuit ex pacto. Iabolenus autem aliã materiæ immutationẽ intelligit, cum illa altera ſit quaſi permutatio potius, qua aurum pro auro redditur, frumentum eiuſdem generis pro frumento. Quæ ſpecies permutationis ut in Mutuo locum habet, ſic in illis duobus locationis modis qui commemorati ſint in lege *In navem*. Nunc inſpiciamus thematiſmum legis *Convenit*, D. de contrahenda emptione, ut videamus, an ſimilis ſit illis duobus locandi generibus quorum meminit Alphenus, in quibus tantumdem redditur, non idem. Convenit inter duos, ut unus alteri daret certum numerum tegularum certo pretio, quas & faceret. Sic enim in ea lege ſcribendum ac diſtinguendum: *Convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum mihi dares certo pretio, quas & faceres*. Vulgo legitur, *quod ut faceret*; & perperam iungitur cum ſequentibus, *quod ut faceret, utrum ſit venditio an locatio*. Si conventio tantum

de

de hoc fuiſſet, ut tegulas daret certo pretio, non in quæſtionem cecidiſſet an id eſſet venditio. Quis enim poſſet dubitare? Sed additum eſt in conventione, ut non ſolum daret certum numerum tegularum, ſed & faceret. Tegularius igitur fuit iſte cũ quo hæc conventio facta. Et faciendas eas tegulas quaſi locavit, cui cum eo de dandis ſibi tegulis convenit. Idcirco quæſitũ eſt, utrum locatio ſit, an venditio, talis convent.o. Nam merito dubitari poterat. Cũ quis rem iam factam emit ab opifice, non locatio eſt, ſed venditio quod ſic agitur. Sed qui curat faciendam, certa forma, & certo pretio pacto, quæri poteſt, utrum ſit locatio an venditio. Nam vulgo Latini *locari facienda* huiuſmodi dicebant, de quibus, ut fierent, pactá prius mercede inter artificem, & eum qui ea ſibi fieri voluit, convenerat. Ut apud Terentium in Adelphis:

Lectulos in ſole iligneis pedibus faciundos dedit.

Quod idem eſt, ac ſi dixiſſet, *faciendos locavit.* Non factos emit, ſed faciundos dedit, id eſt, locavit. Non dubium tamen quin hæc venditio ſit. Atque ita reſpondit Iuriſconſultus de tegulis quas aliquis faciun-

ciundas dedit. *Si ex meo fundo,* inquit, *tegulas tibi factas, ut darem, convenit, emptionem puto eſſe, non conductionem.* Quaſi diceret, ſi materiam ipſe tegulario non dedi, ut mihi inde tegulas faceret, ſed ipſe de ſuo præbuit, tum emptionem eſſe, non conductionem. Quod ſi igitur ille qui tegulas promiſit dare, ex fundo eius cui dari ex pacto debuerunt eas factas dedit, ex reſponſo Iuriſconſulti conductionem hanc futuram, non emptionem, planum eſt. Neutrum, ut apparet, ſimile eſt, cum eo locati genere quo aurum datur fabro, ut annulos faciat, aut argentum, ut vaſa. Hoc enim caſu locator dat materiam quam conductor ſuam facit, & aliam eiuſdem ad idem pondus ſuffectam reddit. Locationem hanc eſſe, non dubitavit Iuriſconſultus, qui ex duobus rerum locatarum generibus hoc unum eſſe reſpondit, leg. XXXI. D. locati. Huic ſimilem iam caſum proponam, ab illis ipſis tegulis deductum & ſumptum. Figulus agrum habet meo vicinum, in quo terra tegulis faciendis apta æque atque in meo effoditur. Convenit inter me & illum, ut certum mihi tegularum numerum faceret, permiſique, ut terram ex agro meo ſumeret. Sumpſit

ille; ſed terram ex meo fundo effoſſam miſcuit cum illa quam ex fundo ſuo extrahebat, pariterque confuſam ſubegit, & ex utraq; coctas tegulas quas mihi dare debuit, præſtitit: aliis etiam quibus ſimul faciendas conduxerat, ex eadem maſſa dedit. Quid Iuris? Vtrum hæc locatio an venditio? Certe locationem eſſe, non hæſitanter reſpondendum. Et idem caſus eſt, cum illo quo quis aurum fabro dat ad annulos faciendos, qui non ex auro ſibi dato eos format, ſed ex ſuo. Nunc ſpectemus qualem reſponſi ſui rationem reddat Iuriſconſultus: *Totiens enim*, inquit, *conductio alicuius rei eſt, quotiens materia in quo aliquid præſtatur in eodem ſtatu eiuſdem manet.* Ut conductio igitur ſit, debet materia in qua aliquid præſtatur, & eiuſdem eſſe, & in eodem ſtatu manere. *Quoties vero & immutatur, & alienatur, emptio magis quam conductio intelligi debet.* Si utrumque concurrat ſimul, tam immutatio quam alienatio, in materia in qua aliquid præſtatur, non eſt conductio, ſed emptio magis intelligitur. Si alterum tantum interveniat, ut alienatio materiæ, conductio nihilominus eſt. Si ſimul etiam accedat immutatio, emptioni propior res eſt quam locationi. Alienatur materia in

eo genere locati quod alteram eſt ex duo- bus, in quo tantumdem reddi dixit Iuriſconſultus. Non enim res domini manet, ſed tranſit in conductorem. Sed in eodem ſtatu manet, nec immutatur, ut in tegulis, quæ faciendæ locantur. Nam ex cruda terra cocta fit. Verum ut hæc ratio & cõcluſio Iuriſconſulti reſpondeat themati ab ipſo propoſito, illa materiæ alienatio de qua loquutus eſt, non intelligi debet de ea tranſlatione dominii qua materia fit conductoris, ut in auro quod datur fabro ad annulos faciendos, verum de illa quam artifex ipſe de ſuo ſubminiſtrat, qui non minus eam vendit quam artem & operam ſuam. In themate propoſito id omnino valet. Convenit ut ex meo fundo tegulas tibi factas darem. Materia immutatur, quia pro cruda terra coctam dare debeo, præter formam tegulæ quæ ex arte mea imponitur. Deinde etiã alienatur, quia terram ex meo fundo ſumptam ego figulus do ac vendo. Bene ergo concludit Iuriſconſultus, talem conventionem, non eſſe conductionem, ſed emptionem: & rationem addit, *totiens enim eſſe conductionem alicuius rei, quoties materia in qua aliquid præſtatur in eodem ſtatu eiuſdem manet.* Utrumque conſtat in eo

genere

genere locati quod alterum ex duobus Iuriſconſultus poſuit, in quo tantumdem redditur. Nam materia in eodem ſtatu manet, nempe aurum vel argentum, quod non immutatur, ut terra ex qua tegulæ fiunt. Deinde manet etiam eiuſdem, quia non datur à conductore, nec ab ipſo alienatur in locatorem, ſed manet locatoris à quo datum eſt. Quamvis enim fiat accipientis, quia tamen aliud eiuſdem generis reddere debet, non cenſetur alienatum à domino qui dedit, nec ab aurifice rurſum alienari, dum ſuum ſubſtituit eius loco quod accepit. Nulla potuit lex adferri quæ magis confirmaret opinionem Salmaſii de Mutuo, & de locatione illa quæ mutuum imitatur, & qua in creditum itur. Nam ex eo reſponſo clare probatur, non alienari materiam à conductore dum reddit ad pondus in eodem genere eam quam accepit. Quod cum ita ſit, nec alienatam à locatore videri neceſſe eſt quam aurifici dedit, ut ex ea ſibi annulos faceret, quamvis ex alio auro eos faciat quam quod ſibi datum eſt. Verba autem illa Iuriſconſulti quæ à profeſſore Friſio adducuntur ex lege *Convenit*, nullo modo adverſantur legi *In navem*, nec illi generi locationis quod in

ca

ea proponitur, ullo pacto obſtãt ne locatio iuſta, vera ac legitima videatur. *Quotiens*, inquit, *materia, in qua aliquid præſtatur, immutatur, & alienatur, emptio magis quam locatio intelligi debet.* In locationis genere in qua tantumdem redditur, neutrum intercedit. Non alienatur materia à conductore, quia non eam de ſuo dat, ut ille figulus qui tegulas faciendas conduxit ex terra è fundo ſuo effoſſa. Nam hoc fuit thema legis de quo interrogatus eſt Iuriſconſultus, utrum locatio eſſet an venditio. Alienatio igitur illa materiæ de qua in reſponſo dixit Iuriſconſultus, de ea intelligi debet quæ fit ex parte conductoris, dum materiam ipſe ſuppeditat, non ſolum artem & operam. Non immutatur materia in auro vel argento, quod datur aurifici ad annulos, vel vaſa facienda, ſed aurum manet. Immutatur autem in terra ex qua tegulæ fiunt. Videat nunc & agnoſcat argutus Iuris profeſſor, quantum ipſum ratio fugerit, dum putavit, hanc legem parum convenire illi quæ locationis alterũ genus facit in quo tantumdem redditur. Quod ait in fine Theſeos, nodum in ſcirpo quærere Hotomannũ in Obſervationibus, ubi explicat quæſtionem depoſiti, in quo tantumdem

dem redditur, an ſecum ipſe pugnet, & quid de tota ea re ſentiendum ſit, ſupra contra Lucium verum, ſatis diſputatum eſt.

AD XVII.

Obiicitur à Salmaſio, *dominium ad perpetuum transferri in perpetua locatione, quæ ἐμφύτευσις dicitur. Ergo ad tempus in vulgari locatione transferri liquet.* Reſpondere ſe dicit profeſſor, negando antecedens. Nam emphyteutam non eſſe dominum emphyteuticæ rei, ut diſerte Paulus ait, in leg. I. π. I. D. ſi ager vectigalis, & Scævola in leg. XXXI. D. de pignoribus. Iam ſupra ſatis multa dicta ſunt, quæ vim huius argumenti penitus frangant. Emphyteuta non eſt dominus proprietatis, ſed eſt dominus uſusfructus. Quo ſenſu vocantur *domini* emphyteutæ leg. XII. Cod. de fundis patrimonialibus. Item fructuarius *domini* appellatione continetur leg. VIII. D. de rebus auctoritate iudicis poſſidendis. Fructuarius autem non differt quantum ad hoc dominium attinet ab emphyteuta, niſi quod hic pro fructu penſionem ſolvit, ille gratuitum habet. Poſſeſſores eos eſſe tantum ergo, non dominos, pro-

bare contendit doctus Iuris Doctor, ex leg. illa XII. Cod. de fundis patrimonialibus, in his verbis, *poſſeſſores vel emphyteuticarii patrimoniales.* Ubi vult particulam *vel* eſſe exegeticam, non diſiungentem, ut alibi paſſim. Ergo ex ea particula ſic accepta, emphyteuticarios poſſeſſores tantũ eſſe, non dominos, in ea lege dici, nobis perſuadere conatur. Atqui illa ipſa lex in fine *fundorum dominos eos eſſe* diſerte teſtatur, his verbis, *licentia eis concedenda etiã libertates mancipiis ex fundis patrimonialibus atque emphyteuticariis, cum fundorum ſint domini, præſtare.* Concludit tamen ex illa differentia quam inter poſſeſſorem & dominum conſtituit, *ſi itaque poſſeſſor eſt emphyteuta, ergo non dominus.* Atqui ex ea lege Codicis, & poſſeſſores eſſe, & dominos, conſtat. Si hoc argumentum valeret, ille qui ſolã proprietatem fundi habet, detracto uſufructu, dominus non cenſeretur, quia poſſeſſor dicitur in leg. XV. D. Qui ſatiſdare coguntur: *Item qui ſolam proprietatem habet, poſſeſſor intelligendus eſt.* In eadem lege idem dicitur & de eo qui vectigalem, id eſt, emphyteuticum, agrum poſſidet, *poſſeſſorem intelligi.* Ergo ut, qui proprietatem habet, & poſſeſſor eſt ſimul ac dominus,

minus, ita emphyteuticarius ſimiliter, & poſſeſſor pariter intelligitur & dominus, ſed non eodem reſpectu & titulo quo dominus proprietatis. Maritus dominus eſt dotis, & poſſeſſor tamen haud ſecius intelligitur. Mulier Iure naturali dotis domina eſt, quæ nihilominus etiam poſſeſſoris nomine intelligitur. Eadem lege xv. D. eodem: *Si fundus in dotem datus ſit, tam uxor quam maritus, propter poſſeſſionem eius fundi, poſſeſſores intelliguntur.* Debitor, pignoris dominus manet, quis nega? Núquid minus ille poſſeſſor intelligitur? Immo creditor qui pignus accepit, quamvis poſſeſſionē eius habeat, non intelligitur poſſeſſor, ſed debitor potius, qui revera dominus eſt, ead. lege & D. eodē. Quod in fine hic additur, abuſive uno in loco emphyteutam dominum in Iure appellari, iam ſupra ſatis id refutatum eſt.

Ad XVIII.

Alienationis verbo emphyteuſin comprehendi docuerat Salmaſius leg. ult. Cod. de rebus alienis non alienandis. Itē ex Iuliano Anteceſſore conſtit. vii. ubi dicit: *Alienationis verbum continere venditionem, donationem, & emphyteuſeos perpetuum contractum.* Ex eo colligebat, domi-

niũ perpetua hac locatione trãſferri. Nullo enim Iure, nec ulla ratione, alienationis nomine comprehendiſſent eiuſmodi contractum, ex quo nullum plane dominium in accipientem tranſiret. Atqui ne pro perfecta legitimaque alienatione haberetur emphyteuſis, hoc unum obſtare tradiderunt Iuris antiqui prudentes, quod emphyteuticarius annuum, pro ſolo quod in perpetuum conduxit, ſalarium præſtet. Hoc igitur uno excepto tanquam dominus agit, & Iure domini utitur fruitur. Pro cuius uſusfructus dominio canonem annuum, quaſi mercedis aut pretii vicem, præſtare intelligitur. Hęc una ergo cauſa facit ne plenæ ac veræ alienationis inſtar habeat hic contractus emphyteuſeos. Non eſſe alienationem, ex eo liquet, quod *perpetua conductio* appellatur leg. x. Cod. locati. ubi dividitur à temporali conductione. Non poteſt etiam videri abſolute alienatio, quia, ut ſit talis, debet dominium tranſire in alterum cum ſua cauſa quæ eſſet futura ſi ea res manſiſſet apud dominum, ut conſtat ex leg. LXVII. D. de contrahenda emptione: *Alienatio cum ſit, cum ſua cauſa dominium ad alium transferimus, quæ eſſet futura ſi apud nos ea res manſiſſet.* Cum

Iure

Iure omni ſuo, & conditione quali apud priorem dominum fuit, in eum qui traditione novus fit dominus, transferri debet rei alienatæ dominium. Ad emphyteuticarium non tranſit dominium cum ſua cauſa qualis fuit apud eum qui dedit. Non enim ille, cum eam teneret, præſtationi canonis annui pro eius uſufructu ac poſſeſſione obnoxius fuit. Hæc eadem ratio facit, ne mutui datio alienatio ſit; quia dominium ea datione non tranſit in accipientem cum ſua cauſa qualis apud dantē fuit, id eſt, cum eo Iure, poteſtate & conditione qua eā habuit. Non obligatus erat ad eā rem alicui reddendā. At is qui transfert rei mutuo datæ dominium, accipientem obligat ad reddendum idem genere, ac tantumdem. Non eſt igitur alienatio, quamvis dominii fiat tranſlatio. In emphyteuſi ſive perpetua locatione, ſimiliter dominium tranſit in emphyteuticarium, ſed non cum ſua cauſa, id eſt, cum pari Iure & conditione qualis fuiſſet ſi res apud dominum manſiſſet. Dominum appellari in Iure, & haberi, emphyteuticarium, ſupra oſtendimus. Reſpondet Theſium præſes & auctor, ad antecedens, & ait, *dationem in emphyteuſin vere non eſſe alienationem ſed quodammoda.*

Nec Salmaſius dixit, emphyteuſin veram eſſe alienationẽ. Nã ſi hoc dixiſſet, argumentum quo utitur non valeret. Alienatio eſt omnis emphyteuſis. Ergo & dominium in ea transferri, nihil eſſet dubii. Faceret hoc pro adverſariis, qui aſſerunt, omnem transferendi dominii actum, veram eſſe alienationem. Nunc id adprime illis officit, dum probatur, in ea dominium transferri, & tamen veram non eſſe alienationem. Quæ adiiciuntur in hac Theſi, Salmaſii ſententiam plane confirmant. Fruſtra enim tergiverſantur, & circumrodunt quod eſt devorandum. Non modo inquit, poſſeſſio in emphyteuſi transfertur, ſed ius quoddam dominio proximum, quod utilem actionem in rem parit. Immo dominium uſusfructus plenum & perfectum habent cum poſſeſſione naturali, & domini fundorum eſſe plane pleneque dicuntur in leg. XII. Cod. de fundis patrimonialibus. De pignoris datione, quæ non eſt alienatio, aliquando tamen continetur alienationis nomine, cum teſtamento, lege aut pactione aliquis alienare rem acceptam prohibetur. Ita ſanxit Iuſtinianus leg. ult. Cod. de rebus alienis non alienandis. Maritus, qui fundum dotalem

aliena-

alienare non poterat, ne pignori quidem dare fas habuit. Quinimmo veteri Iure expertius interdicta illi fuit pignoris obligatio quam alienatio prædiorum dotalium. Et ante Iuſtinianum paſſim etiam hoc obtinuit, ut vetita alienatione monumentorum, & aliarum ſoli rerum, etiam caveretur eadem lege ne liceret pignori dare. Hinc in veteribus inſcriptionibus ſepulcrorum hæc ſæpe occurrunt. *Hoc monumentum cum ædificio neque mutabitur neque veniet, neque donabitur, neque pignori obligabitur, ſed neque ullo modo alienabitur, ne de nomine familiæ exeat.* Aliquando etiam in aliis diſerte vetita legitur locatinis cauſa in centum annos tranſvenditio. De pignoribus hoc ideo fiebat, quia pæne pignorum domini ſunt creditores, & quidem, ſi Philoni credimus, magis adeo quam ipſi debitores.

Ad XIX.

Obiicitur. *Ex cauſa venditionis transfertur dominium. Atqui nomine venditionis etiam venit temporalis locatio publicorum prædiorum, quæ per ſingula luſtra à cenſoribus fiebat.* Quid huic obiectioni reponit auctor Theſium ac ventilator? Ad minorem reſpondet, *propter affinita-*

nitatem quam locatio conductio habet cum emptione venditione, & quod iiſdem regulis conſtat, ſit ut locatio ſæpe appelletur venditio, conductor vocetur emptor. Hæc neque mordent neq; pungunt, nec etiam vellicant. In perpetua agrorum vectigalium conductione, perpetuum dominium transfertur, quamdiu nimirum penſio à conductore ſolvitur, quem & dominum fundi vectigalis leges appellant. In temporali eorumdem agrorum locatione, temporale quoque transfertur dominium in mancipes qui illud emunt ſive conducunt. Idem ius & idem dominium in temporali locatione transfertur, quod etiam in perpetua, vel centenorum annorum. Temporis ſpatium non inducit differentiam. Hinc diſerte & plane Iavolenus inter eos contractus qui dominium transferunt, nominatim recenſuit conductionem leg. LV. D. de Obligationibus & Actionibus. Cui legi, licet omnes in unum conſpirent, & in omnia ſe vertant, nunquam aliam ſententiam aſſignare poterunt Doctores aut adfingere, ab ea quam Salmaſius illi attribuit.

AD XX.

Vt porro probet vir Cl., etiam citra alienationem transferri dominium, *movetur* leg. cum in corpus, XXXVI. D. de acquirendo rerum dominio, *iuncta cum* leg. LV. D. de Oblig. & Action. Et quis non iſtis moveretur? Sed opinionem de Mutuo, quod ſit alienatio, adeo penitus imbiberunt Doctores, ut ad alia omnia occæcati ne notiſſimas quidem certiſſimaſque Iuris regulas diſpiciant. Nihil legitime poteſt à quoquam alienari aut nobis acquiri, niſi iuſta cauſa ſubſit ex qua id tradatur. Non enim aliter rerum quarumcunque dominia adprehēdere poſſumus, niſi ex iuſta cauſa traditæ ſint nobis, ut eſt apud Vlpianũ in Regulis, Tit. de dominiis & acquiſitionibus rerũ. Vt iuſta cauſa ſit, debet accedere adfectus & conſenſus utriuſq; contrahentium. Vt diſerte dicitur in leg. LV. D. de Obligationibus & Actionibus, quæ dicit, *in omnibus rebus quæ dominium transferunt, concurrere adfectum debere ex utraque parte contrahentium*. Nihil enim ad effectum perduci poſſe niſi animus utriuſque conſentit, ſive donatio ſive venditio ſit, ſive etiam conductio, quod agitur. Cui adde & legem LVII. D.

eodem qua Pomponius exerte docet: *In omnibus negotiis contrahendis, ſive bona fide ſint, ſive non ſint, ſi aliquis error interveniat, ut aliud ſentiat, puta qui emit aut qui conduxit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod actũ ſit.* Nam qui errat, non poteſt conſentire. Nunc legem illam examinemus, qua moveri Salmaſiũ profeſſor dixit, ut probaret, dominiũ trãsferri ſine alienatione, an recte ipſum ea moverit. Nõ alienantur ullæ res à quoquam nec nobis acquiruntur, ut dixi, legitime, niſi ex iuſta cauſa tradantur. Non eſt iuſta cauſa niſi in quam ab utraque parte contrahentium conſenſum ſit. Non conſentit nec adfectum aut animum ad rem contrahendam habet qui errat. Cum error itaque in cauſa intervenit nihil valet quod actum eſt, ut ait Pomponius. In lege de qua quæſtio eſt, utraque pars in corpus conſenſit, quod tradebatur, ſed in cauſa dandi & accipiendi diſſenſit. Quid Iuris eſt? Ex illa quam ex duabus legibus ſupra citatis adſtruere licet regula, nihil ad effectum perduci potuit, nec valere quod actum eſt, quia error in cauſa utrimque intervenit. Nam aliud ſenſit qui dabat, aliud qui accipiebat. Abſuit igitur ab utraque parte contrahentium conſenſus, adfectus

ſectus & animus negotii contrahendi.
Quid ipſe Iulianus qui tale thema pro-
poſuit lege ſupraſcripta, ſenſerit, viden-
dum , & an cæteris Iuriſconſultis pa-
rem de eo contractu habuerit opinionem
in quo circa cauſam diſſenſio & error
extitit ab utroque latere contrahentium.
Cum in corpus, inquit, *quod traditur conſen-
tiamus, in cauſa vero diſſentiamus, non animad-
verto cur inefficax ſit traditio.* Vult nimirum
efficacem eſſe traditionem, hoc eſt, do-
minium efficaciter transferri. Deinde
exemplum proponit ac ſpeciem talis
contractus : *Si pecuniam numeratam tibi
tradã donandi gratia, tu eam quaſi creditam ac-
cipias, conſtat, proprietatem ad te tranſire, nec
impedimento eſſe quod circa cauſam dandi &
accipiendi diſſenſerimus.* Pecuniam hanc ex
cauſa donationis alienatam eſſe à dante
ac traditam accipienti, nemò eſt qui poſ-
ſit credere aut affirmare quin in princi-
pia Iuris empingat, & fundamenta eius
evertat. Nam qui accepit, non conſen-
ſit donationi, ſed aliud ſenſit ab illo qui
donabat, & erravit in cauſa dandi. Non
igitur ex cauſa donationis id acquirere
potuit, quod credidit ſibi ex cauſa mutui
dari. Certe Vlpianus leg. XVIII. D. de
rebus creditis, in hoc eodem themate
propo-

proponendo, Iulianũ ait ſcripſiſſe, donationem non eſſe. Quod ſciremus omnino ita eſſe, ſi integrum ſcriptum Iuliani haberemus. Nec enim dubium quin Ulpianus de hac ipſa lege Iuliani intellexerit quæ nunc in manibus: *Si ego pecuniam tibi quaſi donaturus dedero, tu quaſi mutuam accipias, Iulianus ſcribit donationem non eſſe.* Hoc ille ergo ſcripſerat in hac ipſa lege. Nam poſt illa verba, eo caſu proprietatem tranſire, nec eſſe impedimento, quod circa cauſam dandi accipiendique diſſenſum foret, dubioprocul adiecerat, donationem tamen non eſſe. Quod omnino verum eſſe, poſſumus teſtimonio Ulpiani credere. Nec aliter ſane ſcribere aut reſpondere potuit. Proprietas quidem tranſiit, quia in corpus conſenſerunt nummorũ, & quia ex utraque cauſa dominium transfertur tam donationis quam mutui. Ideo omnimodo dominium tranſlatum, nec inefficacem eſſe traditionem pronuntiavit, ſed donationem eſſe negavit. An mutuum eſſet, non dixerat Iulianus. Quærit Ulpianus an ſit. Nec mutuum ſe putare ait. Magis tamen nummos fieri accipientis eo caſu docet, quam ſi ex cauſa mutui eſſent accepti. Et rationem addit, quia ſi con-
ſumpti

ſumpti ſunt, quamvis condictione teneatur, tamen exceptione uti poſſit, quaſi ſecundum voluntatem dantis nummos conſumpſerit. Quæ in ſuperioribus latius explicavimus, legemq; ipſam emendavimus, ſublata negativa particula. Qua emendatione effectum eſt, ut idem Ulpianus ſentiat quod Iulianus, nimirũ in huiuſmodi themate pecuniam accipientis fieri, & dominium transferri citra alienationem, quia nec donationis cauſa tradita ſit res, nec ex cauſa mutui data. Sic omnis antinomia evaneſcit, quam doctiſſimus Iuris profeſſor conciliari non poſſe putavit niſi ab eo qui laterem lavare aggrederetur.

AD XXI.

Nihil mali hæc Theſis Salmaſio minatur, nec ullam illi creat moleſtiam. Referuntur aliquot Novitiorũ Iuriſconſultorum ſententię qui Iulianum cum Ulpiano in ſupraſcriptis legibus conciliare conati ſunt, quos id fruſtra tentaſſe arguit noſter profeſſor Franekeranus, & illi quoque ego hac in parte aſſentior, nec habeo quod recte ſentienti opponã, cui potius calculum appono meum.

Ad XXII.

In hac Theſi refertur & alia doctorum conciliatio ad eas leges cōponendas, quā improbat diſputator ac diſpunctor Theſiū, mihi vero unice probatur. Nā veriſſima aio. Donellus, Veſſembecius, & Nioclaus dePaſſeribus à Genoa, hanc viā cōciliationis ingreſſi ſunt, ùt dicāt, proprietatē nummorū in ſpecie propoſita, in accipientem tranſire, ſed dominium eorum perfecte & irrevocabiliter in accipientem non transferri. Hoc illi certe veriſſime. Salmaſius hoc idem brevius veriuſque ſtatuit in propoſito themate, dominium transferri, ſed alienationem non eſſe, quia traditio ex iuſta cauſa facta non ſit, cum circa eam errarint ac diſſenſerint uterque contrahentium. Proinde iam quoque cum Salmaſio concludo, dominium transferri poſſe citra alienationem. Eam conciliationem hæc Theſis ponit refutari poſſe nullo negotio. Iam id ergo experiamur an tam facile hoc ipſis proceſſerit negotium quam iactant. *Primo*, inquit, *ratio decidendi in dicta lege* XVIII. *ſumitur à defectu tituli, quem ſcilicet impediat diſſenſus & error.* Hoc & ipſe fateor, ex cauſæ iuſtæ defectu, quē ſcilicet error & diſſenſus procuravit, nec donatio-

tionem id quod actum eſt, nec mutuum potuiſſe dici. Non tamen errorem in causa dandi & accipiendi uſque eo valuiſſe ut impediret proprietatis & dominii tranſlationem. Circa corpus nummorum qui tradebantur conſenſus utriuſque partis fuit, & ex utraque cauſa, quamvis neuter ſenſerit idem quod alter, dominium trãsferri ambo intellexerunt: ideo tranſiit proprietas, ſine titulo tamen ac iuſta cauſa. Ideo nec donatio fuit appellenda quod actum eſt, nec mutuum. *At ſine titulo*, inquit, *dominium tranſire nequit*, leg. Nunquam XXXI. D. de acquirendo rerum dominio. Verba legis ſunt: *Nunquam nuda traditio dominium transfert, ſed ita, ſi venditio, aut aliqua iuſta cauſa, præceſſerit, propter quam traditio ſequeretur.* Hæc intelligenda ſunt de iuſta ac legitima dominii acquiſitione, & alienatione perfecta & irrevocabili. In hoc caſu de ſimplici dominii tranſlatione agitur, cuius traditionem nulla iuſta cauſa præceſſit. Tradita quidem res eſt à dante, ut ex donationis cauſa eam haberet accipiens, ſed huius diſſenſus & error in cauſa dandi obſtitit ne donationis nomine tenere poſſet quod ſibi putavit datum mutuo. In mutui autem datione nulla

tradi-

traditio intervenit, quia nec dominium accipienti ex eo acquiritur, nec à dante alienatur. Hoc ſolum in hac quæſtione controverſum fuit inter Iulianum & Vlpianum, an mutuum eſſet, quod ſic fuiſſet datum. Nam de donatione neutri dubium viſum eſt, quin pronuntiandum foret eſſe nullam. Vlpianus ne mutuum quidem eſſe cenſuit, ſed aliquid plus quam mutuum. Magis quippe accipientis fieri nummos ſic datos quam ſi mutuo dati eſſent. Condictione quidem teneri accipientem ſi nummos conſumpſerit, doli tamen exceptione uti poſſe, quia ſecundum voluntatem dantis conſumpti ſint. Hæc igitur traditio differt ab ea qua ex iuſta cauſa præcedente res tradita eſt, quia condictione non tenetur accipiens ſi rem eam conſumpſerit: in hac vero quæ ſine titulo & cauſa dominium transfert, condictioni locus eſt. Vlpianus tamen & Iulianus in eo conſentiunt, quod traditio hæc non fuerit inefficax, ſed proprietatis dominium transierit. Aliud exemplum propoſuit Iulianus in eadem lege ſimilis traditionis, quæ ſine titulo & iuſta cauſa præcedente dominium transfert. *Veluti*, inquit, *ſi ego credam, me ex teſtamento tibi obligatum eſſe*

ut fundum tradam, tu exiſtimes ex ſtipulatu tibi rem deberi. In hoc diſſenſu utriuſque errantis circa cauſam dandi & accipiendi ex neutra cauſa tranſire dominium certum eſt: neq; ex ſtipulatu, quia dans credit ſe ex teſtamento obligatum eſſe: neque ex teſtamẽto, quia accipiens putat ex ſtipulatu ſibi illud deberi. Non inefficacem tamen eſſe talem traditionem ſcribit Iulianus, id eſt, cum effectu procedere eam ſenſit. Secundo ait Theſis auctor, *conſumptione demum accipientem in dicta leg.* XVIII. *fieri dominium. Ante igitur plane dominiũ non fuiſſe: Nec ullo modo nummos factos accipientis, quorum ſi extarent non condictio, ſed vindicatio daretur.* Hæc omnia falſa ſunt, ut breviſſime dicam. Si conſumptione dominii dominus eſſet factus accipiens, non traditione, quo iure poſſet uti doli mali exceptione contra condicentem eos nummos qui conſumpti eſſent? Si ex cauſa mutui accepti eſſent, & conſumpti, non eſſet locus exceptioni doli, ubi cõdictione eos repeteret ille qui dedit. Et tamen volunt vere in datione mutui tranſlatum eſſe dominium. Nulla autem ratio patitur, ut plus habeat iuris in re per errorem accepta, is in quem dominium traditione

G non

non eſt tranſlatum, quam ille cuius nummi accipientis facti ſunt. Nemo non videt igitur, tollendam eſſe negationem ex verbis Vlpiani, ac legendum, *Magiſque nummos accipientis fieri, cum alia opinione acceperit.* Sic etiam ſolvetur quod Theſis pro tertia ratione opponit, *Nuſpiam pictum aut ſcriptũ eſſe, aliquid dici alicuius non fieri, ut tamen dominium tranſeat.* Hoc quidẽ verum, ſed ſublata illa particula negativa è verbis legis, huic abſurdo occurritur. Nam clare dixit Vlpianus, in hoc themate nummos magis accipientis fieri quam ſi ex mutui cauſa eſſent dati. Eo quippe caſu condicerentur nummi conſumpti ſine doli exceptione. In hoc vero condictio repellitur doli exceptione. Ita Vlpianum inter & Iulianum convenit de traditione non inefficace, cum in corpus quidem quod traditur conſentitur, in cauſa vero diſſentitur. Nec mirum porro, eo Iure quod tunc paſſim obtinuit, dominium tranſire ſine alienatione vel traditione ex cauſa iuſta, cum multarum rerum quæ traditæ eſſent, citra alienationem domini fierent qui eas accepiſſent, Iure naturali. quarum, ex Iure Quiritum, domini manebant qui dediſſent.

Ad XXIII.

Contius in hac Theſi vapulat, quod male conciliatorem egerit legum ſupradictarum. Ego quoque faveo vapulanti: & cum nihil habeam quod opponam rationibus domini præſidis, nihilque illæ nobis noceant, iis plane acquieſco.

Ad XXIV.

Connanus quoque hic quaſi pravæ conciliationis auctor ac repertor in componenda earum legum pugna taxatur. Nec ego diſſentio. Inoffenſo igitur pede tranſmittatur.

Ad XXV.

Non intacta hæc abibit. Habet quod in ea merito carpamus. *In hac*, inquit, *colliſione dictæ legis cum in corpus* XXXVI. *& legis* XVIII, *puto ſtandum eſſe ſententiæ Iuliani, ut ex cauſa donationis nummi fiant accipientis* ἀναφαιρέτως, *mente tradentis poſtea explicata, erroris agnitione ſublata*. Peccatur hic plus vice ſimplici. Primum nullam eſſe colliſionem prædictarum legum iam oſtendimus, nec diſſidere Vlpianum à Iuliano. Nulla etiam in utraque lege mentio mentis ex parte tradẽtis explicatæ, & erroris ex parte accipientis

ſublati. Hoc non feciſſet quæſtionẽ, nec controverſiam moviſſet Iuriſconſultis, ſi error ſublatus accipientis, ac mens explicata eſſet tradentis. In ipſo traditionis tempore qui pecuniam dabat quaſi donaturus, quam alter cui dabatur quaſi mutuam accipiebat, quæſitum eſt, utrum donatio foret an mutuum quod inter dantem & accipientem actum eſſet. Nummos ſic acceptos conſumpſit ille cui dati ſunt. Quæſtio hinc etiã nata eſt, utrum ſine exceptione doli condicerentur, an doli exceptioni adverſus condicentem locus eſſet. Hoc thema legis utriuſque fuit, tam apud Iulianum quam apud Vlpianum. Nugatorium eſt igitur, quod de mente tradentis explicata, & accipientis erroris agnitione ſublata, nobis occinunt. Præterea illud etiam falſiſſimũ, quod ponunt, ex Iuliani ſententia nummos ex cauſa donationis eſſe factos: cui ſtandum putant. Cadent potius quam ſtabunt. Nam illud nihil eſt, cui ſe ſtare dicunt. Si duo Iuliani fuere, unus fortaſſean potuit ita ſentire. Si unicus, certe ille nunquam hoc dixit. Nec in illius lege ullum de ea re veſtigium aut verbum extat. Vlpianus è contrario diſerte ſcripſit, Iulianum negaſſe,

dona-

donationem eſſe quod ſic datum eſſet & acceptum, dante & accipiente diſſentientibus. Verba Vlpiani ſunt leg. XVIII. D. de rebus creditis: *Si ego pecuniam quaſi donaturus dedero, tu quaſi mutuam accipias, Iulianus ſcribit donationem non eſſe.* Oſtendant in lege Iuliani XXXVI. D. de acquirendo dominio aliud thema proponi, & tum dicant, Iulianũ ſenſiſſe ex cauſa donationis acceptos eſſe nummos, quos ille qui accepit, dari ſibi mutuos credidit.

Ad XXVI.

Concludit Theſis, non probaſſe illius legis argumento Salmaſium quod voluit, nempe citra alienationem transferri dominium. *Nec unquam,* inquit, *ſat ſcio, probabit.* Alias res agat, & de aliis Theſibus ventilandis cogitet, hoc iam probatum eſt. Addit diſputator, *tribus tamen aliis argumentis id efficere tentaſſe eundem Salmaſium.* Primũ ex tribus fuit ex oppoſita lege IX. D. de auctoritate tutorum, iuncta cum leg. X. D. de alienatione iudicii mutandi cauſa facta. *Qui ſolvit, dominium transfert, nec tamen alienat.* Sed hoc argumentum ſe dicit Theſiologus anticipaſſe Theſi VI. & ſequentibus. Nos quo-

que ἀνϑετικῶς ibidem clavum clavo repercuſſimus. Nunc tamen etiam telum unum intorquebimus. *Aes alienum habere* dicitur debitor, & *in ære alieno eſſe* quoad ſolvat. Si ſolvendo alienat, æs alienum alienare dici debet, non ſuum. At nemo alienat niſi quod ſuum eſt. Hæc iam tamen à Salmaſio oppoſita ſunt. Sed aliam ex his oppoſitionem ſic formo, & quæro, cur alienum æs habere dicatur debitor qui nondum ſolvit, & qui iam conſumpſit illud æs quod à creditore accepit? Accipiendo ſuum feciſſe, conſtans eſt opinio Doctorum. Nec minus verum eſt, quod loquutio communis Latinorum dictabat, *alienum æs facere* qui accipit mutuum. Sed illud & ſuum & alienum ubi conſumptum eſt ab accipiente, nec ſuum habere nec alienum dici poſſe videtur. In ipſius dominio non eſt amplius, quod abuſus eſt. Ad abuſum autem ſumi res mutuaticias ab accipiente, etiam Doctores conſentiunt. Vbi igitur abuſæ ſunt ac conſumptæ, nec is qui dedit eas habet, nec is qui accepit. Nec huius igitur ſunt, nec illius. Quale igitur illud æs, & qualis illa pecunia, quã habere alienam dicitur debitor? Nõ eſt ea quam accepit: nam conſumpta eſt. Ea ſit oportet

portet quam debet & quam ſolvere tenetur. Ergo non ea eſt alienata, quia habet alienam. Non corpora ipſa ſunt nummorum quos acceperat & quos conſumpſit. Quantitas eſt igitur ipſa. Nam decem acceperat, ut decem deberet. Hæç decem habet aliena. Hæc decem debet. Hæc eadem decem ſolvit. Non igitur ſolvendo alienat, quod alienatum non fuit dando, nempe ipſam quantitatem in qua mutuum conſiſtit.

AD XXVII.

Opponere Salmaſium hæc dicit Theſis, *quodam locationis & depoſiti genere mutato dominio, rem tamen non alienari*, leg. In navem XXXI. D. locati. Reſpondet ventilator, *immo vero locatione iſta anomala, & depoſito exorbitante, ſicut dominium mutatur, ita & res alienatur*. Primum velim ſcire, qua in lege aut qua in parte Iuris meminerit dictam hanc locationis ſpeciem *anomalam*, & illud depoſiti genus *exorbitans* appellatum. Si quid tale à Salmaſio prodiiſſet, neſcio quid non in illum aſperi & inauditi dicerent. Nolim quidem hic dicere, Iuris fundamenta talibus inventionibus & loquutionibus everti, ſed certe auſim affirmare, Iuris funda-

mentis hæc ab illis ſuperſtrui quæ veteres Iuriſconſulti novi operis denuntiatione deturbanda curaſſent. Sane hæc faciem priſci Iuris plane mutant. In prædicta lege ſimpliciter ait Iuriſconſultus, duo genera rerum locatarum eſſe, unum in quo idem redditur, alterúm in quo tantumdem. Non dicit utrum ex his magis anomalũ fuerit. Immo conſtat, communiſſimum eum fuiſſe tum, & nunc eſſe locationis morem, quo aurum & argentum fabro datur ad pondus, ut ex eo faciat ex arte quod faciendum conduxit. Vbi explicavit duo genera illa locatarum rerum genera, & ſecundo loco poſuit genus poſterius quo in creditum itur, ſtatim ſubiungit, *idem Iuris eſſe in depoſito. Nam ſi quis pecuniam numeratam ita depoſuiſſet, ut neque clauſam neque obſignatum traderet, ſed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem depoſita eſſet, niſi tantumdem pecuniæ ſolvere.* De exorbitante depoſito nullum in eo verbum. E contrario licet colligere, valde uſitatum & paſſivum tum fuiſſe hunc deponendæ pecuniæ modum, quo non incluſa ſaccis nec obſignata amico traderetur, ſed adnumeraretur. Quo caſu fiebat ſuſcipientis, & nihil aliud reddere tenebatur niſi tantumdem: haud aliter

quam

quam ſi ex cauſa mutui accepiſſet. Hodie quoque tale depoſiti genus in uſu ac more eſt frequenti. Nihil etiam θεοπολόγυς adiuvaret, ſi depoſitum iſtud exorbitans, & locatum illud anomalum, appellaſſent Iuriſconſulti. Inde enim ſemper conſtaret, tale dari depoſitum, & tale locatũ, quibus pecunia fieret accipientis, nec tamen alienata à dante cenſeretur. Cavillatur autem, & ſophiſtice agit Theſis, cum dicit, rei ſic depoſitæ & locatæ ſicut dominium mutatur, ita & ipſam alienari. Non enim dubium eſt, nec id negavit Salmaſius, in mutuo rem quæ datur, id eſt, ipſa corpora nummorum quæ accipientis fiunt, alienari, quorum & dominium transfertur. Sed quæſtio eſt, an totus mutui contractus, & ipſa obligatio, quæ ex cauſa mutui re data contracta eſt, alienationibus ſit adnumeranda. Si accenſetur alienandi generibus Mutuum quod inter obligationes recenſetur quæ re contrahuntur; cum ex eodem obligationum ſint genere depoſitum & locatum, debebunt ſimiliter & inter alienationes referri. Quod an veritatis affine videri poſſit, iudicandum relinquo Iuris veteris peritis. Ut in mutuo ſola corpora nummorum alienantur, non quantitas,

quæ domini manet, & reddi debet, idem Iuris eſt & in depoſiti genere & locati, in quo tantumdem redditur, non idem. Quantitas eſt cuius dominium non transfertur, quia eadem reſtitui debet à fabro qui ad pondus aurum accepit faciendis annulis, & ab eo qui depoſitum ſuſcepit, reddendum pari numero.

Ad XXVIII.

Oppoſuit Salmaſius, *olim, cum res mancipii ex cauſa venditionis tradita eſſet, non mancipata vel in Iure ceſſa, in bonis & dominio emptoris eā fuiſſe citra alienationem, venditoris vero ex Iure Quiritum.* Ulpianus in Fragmentis Tit. 1. Reſpondet Theſis, Iure Iuſtinianeo, unde hæc diſputatio de mutuo eſt inſtituta, venditionis titulo omnimodo rem alienari, & ſublatum fuiſſe rerum mancipii & nec mancipii diſcrimen, exploſa iſta dominii differentia. Hæc quidem vera ſunt, ſed nihilo Salmaſii cauſa inde fit deterior, aut infirmior. Quid enim? Num inde probabunt, Iuſtinianũ ſtatuiſſe Iure novo, ut mutuum inter alienationes poneretur, cum antea alienatio non eſſet? Vnicum hoc nimirum ſuſtulerit Iuſtinianus dominii genus, quod citra alienationem transfertur. Sed an alia

etiam

etiam omnia ſuſtulit quæ Salmaſius retulit? An fecit Iuſtinianus, ut dominium dotis in maritum transferretur cum titulo & cauſa alienationis, cum antea Iure priſco transferri ſoleret citra alienationem? Alia omitto de quibus iam dictum eſt.

CONFUTATIO
Disputationis Secundæ
DE
M V T V O.

Qua adſtruitur eſſe Alienationem.

Ad Thesin I.

SUperiori diſputatione luculenter probaſſe, & ab obiectionibus Salmaſii vindicaſſe ſe, ſibi videri, iactat auctor Theſis, hanc conſequentiam : *In Mutuò transfertur rei dominium. Ergo in mutuo res alienatur.* Ego quoque mihi videor egregie eam conſequentiam refutaſſe, ut non ſit opus aliis argumentis ad eam refellendam. Promittit *inſuper* diſputator, *ſe certiſſimis documentis in præſens id adſtruere*, & argumenta contraria aliquammulta ordine diluere. Noli credere, lector. Ego ſcio, promiſſis non ſtabit. Quod me ſcire dico, faxo etiam, ne ſis eius rei neſcius.

Ad

AD II.

Mutuo rem alienari, evidenter probare ait leg. Si ſocius XVI. D. de rebus creditis. Titius enim cum Mævio & Seio ſocietatem omnium bonorum contraxit, & diſſentientibus ſociis, pecuniam communem dedit mutuam. Quæritur, totane an pro parte tantum Titii credita fiat? Affimatur poſterius, *quia Titius ſuæ partis tantum alienationem habuit,* inquit Paulus. Quis igitur hinc *non colligat,* inquit ventilator, *Titium pecuniam communem, invitis ſociis, credendo pro parte tantum alienare?* Non eſt colligendum quod ipſe Iuriſconſultus clare ac diſerte enuntiavit. Et quis de eo unquam dubitavit? Num Salmaſius? Corpora ipſa nummorum quæ ex crediti cauſa dantur, ut accipientis fiunt, ita etiam alienantur, pereunt domino, ab accipiente conſumuntur ac perduntur. Sed an propterea mutuum eſt alienatio? An mutuum in ea ſpecie conſiſtit? Nonne potius in pondere numero, & menſura, id eſt, quãtitate? An ea quantitas alienatur? Si alienari creditur, quid igitur debet debitor? Quid ſolvit? Quod æs habet alienum? Quid obligationem facit? Quid liberationem præſtat?

AD

AD III.

Nullo frigore acriore ſententiam Salmaſii ferit hæc Theſis quam ſuperior. Expenditur in ea lex eadem, & quæritur, an ſocietas illa de qua in lege mentio eſt, communium bonorum contracta ſit, an partis tantum. Quæ ventilatio cum ad rem noſtram nihil pertineat, Auditorio Franekerano diſcutiendam relinquimus.

AD IV.

Aliquot in hac Theſi obiectiones ſolvuntur ad eamdem legem & ſocietatem in ea memoratam pertinentes. Quæ omnia cum minine nos tangant, nec controverſiam de mutuo ſpectent, ventilanda ſuis auctoribus dimittimus.

AD V.

Hic nobis quod agendum ſit, proſpicere tempus eſt. Directa acie & hoſtili animo contra nos veniunt adverſarii. *In aciem porro*, inquiunt, *evocanda eſt* lex Eius XLI. D. de rebus creditis, *ad expugnandum eum qui mutuum non eſſe alienationem aſſeverat.* Priuſquam hoſti occurramus, aciem eius explicatam contemple-

plemur, & conſideremus pauliſper. *Servus in ſpecie huius legis, teſtamento liber eſſe iuſſus eſt, & ex parte hæres ſcriptus: cum ignoraret, dominum deceſſiſſe, pecunias poſt mortem eius fœneravit. Quæſitum fuit, quid de his Iuris eſſet. Reſpondet Africanus, eum pecunias pro parte ſua alienaſſe, & creditas feciſſe: pro parte vero cohæredum non alienaſſe, quia partis cohæredum alienationem non habuerit, adeoque nec credendo alienarit.* Non aliis armis inſtructa in adverſum tendit hæc phalanx, nec aliis inſignibus ornata, quam ſuperior. Non ſigna ſignis infert contraria nec pila pilis. Idem pugnat quod nos, pecuniam mutuo datam alienari. Quare amice exceptam dimittamus.

Ad VI.

Hæc etiam Theſis tota pro nobis militat, auxiliaribus adiungenda noſtris. Vt ſæpe in ſomniis etiam dormienti, accidit, ut ea enunciet, quæ vigilans omni ſtudio voluit celata, ita Doctor hic noſter imprudens palladium cauſæ ſuæ prodidit, confitendo ultro quod ante & in omni diſputatione mirabili pertinacia negaverat. Duo illa ſunt quibus conceſſis, de tota hac quæſtione non amplius diſputandum, dominium transferri ſine alie-

alienatione, & mutuum non eſſe alienationem. Manifeſte hæc duo ita in iſta Theſi agnovit, & confeſſus eſt, ut nec clarius ea Salmaſius in ſuis explicaverit. Ei, quod dicitur, ſervũ in ſuperioris legis ſpecie pecunias pro parte ſua credendo alienaſſe, obſtare ait leg. xxxv. D. de acquirendo rerum dominio. Ibi dicitur, qui errat, non transferre dominium. Servus autem erravit, qui putabat ſe credere pecunias domini, cum ſuas crederet. Vt hoc ἐναντιοφανὲς ſolvat, reſpondere ſe dicit doctiſſimus profeſſor, *ſervum errantem dominium pecuniæ transferre, ita tamen ut condictio certi ei competat, nec id quod per errorem dedit, amittat.* An potuit apertius declarare, dominium poſſe transferri citra alienationem? Dominium per errorem transfert ſervus, ſed non illud amittit, quia condictione repetere illud poteſt. Nec alius eſt caſus legis xxxvi. D. eodem, quæ proxime ſequitur, in qua ſcribit Iulianus, diſſentiente utroq; contrahentium, & proinde errante circa cauſam dandi & alienandi, nihilominus tamen dominium rei ſic traditæ transferri. Condictioni enim locum fuiſſe in eodem themate ponendo, ad repetendum quod ſic traditum eſſet, Vlpia-

Vlpianus ſcripſit in leg. XVIII. D. de rebus creditis. Addit ſtatim clariſſimus profeſſor, *Nemo errans dominium rei ſuæ amittit*, & id probat ex dicta lege Si procurator XXXV. D. de acquirendo rerum dominio. Nunc quæ in rem noſtram ſunt, colligamus & invicem conferamus. Nemo errans dominium rei ſuæ amittit, tametſi transferat. Nam condictio certi ei competit, ne id quod per errorem dedit, amittat. *Non enim*, inquit, *amittit pecuniam qui habet condictionem*. Quid aliud diceret, ſi poſuiſſet, *non alienat pecuniam, qui habet condictionem*? Quid enim eſt *amittere*? an non à ſe mittere, & proiicere, & alienare? Nam quod amittitur, prorſus alienatur, & è converſo quod alienatur amittitur. Ex illa igitur conceſſione, ac confeſſione, duo ſunt quæ concluſa habeo, quibus tota controverſia deciditur: Dominium transferri ab errante, & non amitti, id eſt, non alienari. Et mutuum non eſſe alienationem, quia etſi rei ſuæ dominium in accipientem transferat, qui mutuam dat, non tamen amittit, nec alienat, *quia non amittit pecuniam qui habet condictionem adverſus debitorem*. Hæc ſunt ipſiſſima verba Franekerani diſputatoris.

Ad VII.

Aliud ἐνάντιον hic ſolvit, ei, quod in eadem ſpecie dictum, *pro parte cohæredum mutuum non conſiſtere*, ex lege fundi XIII. D. de acquirenda vel amittenda poſſeſſione. Sed quoniam hæc ad mutuum non pertinent, neque pro nobis nec contra nos faciunt, bonã an malam conciliandis illis legibus operam navarit, diſquirere non curamus.

Ad VIII.

Hic tota vis ac moles in unum collecta & conglobata argumentorum maxime pollentium potentiumque iam in nos ingruit. In duabus legibus ſita eſt. Per partes diviſæ quaſi duplici acie ac ſeparatim prioribus Theſibus inruptionem fecerunt Nunc quo maior ſit in coniunctis fiducia, combinatæ incedunt. *Atque adeo*, inquit, *his duabus legibus*, leg. XVI. D. de rebus creditis, & leg. XLI. D. eodem, *ita dilucide, ita diſerte probatur, mutuo rem alienari, ut citra calumniã ad eas reſponderi non poſſe, putem.* Mirum porro eſt, tantum firmamentum in his duabus legibus collocatum viro tam acuto videri, ad ſententiam vulgarium Doctorum tuendam, cum

cum hoc ipſis ultro dederit Salmaſius veriſſimum eſſe quod illæ duæ leges loquuntur. Res mutuo datæ, id eſt, corpora ipſa nummorum, alienantur. Quid tũ? An hæc datio rei in mutuo quæ alienatio eſt, mutui contractum perficit, & conſummat? Immo inchoat tantũ. Hinc initium contractus. Hæc origo obligationis & cauſa efficiens. Niſi alienaretur illa pecunia quæ datur à creditore debitori, non conſtaret obligatio mutui, nec contrahi poſſet. Non tamen ex ipſo corpore rei alienatæ naſcitur obligatio. Nulla alienatio poteſt obligationem parere. Quod perit apud aliquem, & uſu conſumitur, cum datum ad hoc ſit, non repetitur. Sed duo ſunt quæ in mutuo dantur, pecunia & numerus, ſive pecunia numerata: aurum & pondus, ſive aurum ponderatum: Fruges & menſura, ſive fruges menſuratæ. Pecunia igitur cum datur numerata, ipſius pecuniæ corpus alienatur: numerus, id eſt, quantitas non alienatur, ſed domini manet. Exempli gratia. Do decem nummos, ut decem debeas. Nummi ipſi apud eum qui accepit, id eſt, nummorum corpora pereunt, nunquam reditura ad illum qui dedit. Decem in dominio dantis remanent,

nec tranſeunt in accipientem, quia totidem debet reddere, & ad eamdem quantitatem obligatur, non ad illos ipſos nummos reſtituendos quos utendos accepit & abuſus eſt. Facillime hoc quod volumus apparebit ex formula dandi mutuo apud veteres uſitata & ſollemni: *Do tibi decem nummos, ut decem debeas.* Illi decem non ſunt alienati, quia ea conditione dati ſunt ut debeantur, ſed corpora tantum nummorum. Si ex illis decem creditis unum voluero tibi donare, & à me alienare, ita ſcribam: *Do tibi decem ut novem debeas.* Vnum alienavi & donavi tibi, reliquos novē mihi retinui quia à te reddendi ſunt. Vide legem x. D. de rebus creditis. Sed ſi dedero decem, ut undecim debeas, *putat Proculus*, ut in illa ipſa lege dicitur, *amplius quam decem condici non poſſe.* Quæ poſſum condicere, ea non amiſi nec alienavi, ut ipſe noſter acutiſſimus Theſium ventilator ſupra affirmabat. Non ampliorem igitur ſummam vel numerū mihi licet condicere quam quē dedi, quia eius ſummæ dominium meum eſt: non amplius à me profectum eſt. Si plus redderes, id ad ſortem quaſi uſurę vice adiiceretur, & ex tuo eſſet, non ex meo. Quantitas ergo ſola quam dedi

man-

manſit mea, & inalienata, eamque reddere mihi teneris. Poſſum vero in mutua danda aliqua ſumma, partem alienare, partem mihi retinere, ut ſupra vidimus, dicendo, *do tibi decem ut quinque debeas*. Feci dividuum tecum, dimidiam partem alienavi, ac donavi tibi, dimidiam mihi reſervavi. Si & illa ipſa pars quam debere te volui, & mihi à te reddi, æque alienata cenſeretur atque illa quam donavi, nulla eſſet differentia inter mutui dationem, & donationem. Vide tamen quantum ſit inter hæc duo diſcriminis, vel in ipſa dationis eiuſdem ſummæ formula. *Do tibi decem, ut quinque debeas*. Quinque quæ dedi mutuo, ut ea mihi debeas potero condicere, reliqua quinque quæ non expreſſi in debito, tanquam tibi donata, & à me alienata, non potero condictione repetere. Et locum hic habet axioma poſitum ſupra à celeberrimo profeſſore Iuris; *Non amittit pecuniam qui habet condictionem adverſus debitorem*. Amittit ergo, id eſt, alienat, qui non habet condictionem. Do tibi, inquit creditor, *ſuo debitori, decem, ut decem debeas*. Chirographo ſuo è contra ita cavebat debitor: *accepi decem quæ promitto reddere Kalendis proximis*. Si dixiſſet

creditor, *Do tibi decem ut novem debeas*, non amplius quam novem in chirographo ſuo debitor ſe redditurum promitteret. Quamvis autem revera alienentur corpora nummorum qui mutuo dantur, quoniam quantitas non alienatur, nec in accipientem eius dominium transfertur, ideo Vlpianus ſcripſit leg. LV. D. de ſolutionibus, *Non alienantur nummi qui ſic dantur ut recipiantur*. Ex qua unica lege, ut ſua verba reddam Doctori, ita dilucide, ita diſerte probatur, mutuo rem non alienari, ut citra calumniam ad eam reſponderi non poſſe exiſtimem. Ad illas duas leges reſpiciens Salmaſius ſcripſit in Epiſtola ad Beverovicium, aliquando *alienare* in Iure latiſſima ſignificatione accipi pro quavis dominii tranſlatione. An hoc verum poteſt negare? *Tantum*, inquit, *abeſt, ut illud huius ſententiæ firmamentum infirmet, ut vel maxime confirmet, quandoquidem tranſlatio dominii definitio alienationis*. Sed ſecundum hanc alienationis definitionem, & latiſſimam ſignificationem quam ei tribuit Iuſtinianus, prioribus Iuriſconſultis incognitam, non ſolum dominii omnis tranſlatio, & mancipiorum manumiſſio, erit alienatio, ſed etiam uſus, & uſus-

uſusfructus datio, item hypothecæ vel pignoris obligatio, ſervitutū impoſitio, & emphyteuſis cōtractus,& alia quæ nominatim exprimuntur leg.ult. Cod. de rebus alienis nō alienandis. Cū hæc omnia verbo alienationis contineri ſanxerit Iuſtinianus lege ſupraſcripta, quæ tamen à verę alienationis nomine, ut eā Ius vetus definivit, erant aliena, non etiā mutui dationē eadem ſignificatione comprehendit. Nec ſane potuit, niſi vellet Iuris antiqui fundamenta evertere. In alienatione vera tale dominium debet transferri, idque in perpetuum, & irrevocabiliter, quale fuit apud eum unde res traditione accepta eſt. Vt eam libere tenuit, non obnoxie, pleno Iure & dominio, ita talem debet tradere, & transferre in eum, cui traditur, & in quem alienatur. Non eam alicui debuit reddere, non eius nomine cuiquam penſionem præſtitit, non condictioni obnoxiam habuit, in bonis ſuis eam computavit. Eamdē alienando, debet facere ut eodē Iure & titulo acquirere illā poſſit qui accepit, ſuoq; dominio adiicere ac poſſidere. Niſi hoc fiat, non eſt alienatio, ut diſerte liquet ex lege LXVII. D. de contrahenda emptione: *Alienatio cū ſit, cum ſua cauſa dominium ad alium transfe-*

rimus, quæ eſſet futura ſi apud nos ea res manſiſſet. Item ex leg. xx. D. de adquirendo rerum dominio, π. 1. *Quotiens dominium transfertur, ad eum qui accipit tale transfertur quale fuit apud eum qui tradit.* Vt ſcribitur autem eadem lege, traditio nihil amplius transferre debet nec poteſt ad eum qui accipit, quam eſt apud eum qui tradit. Sic nec minus transferri poſſe aut debere intelligendum. De ea ergo dominii tranſlatione id accipi debet, quæ cum alienatione coniuncta eſt, ut conſtat ex lege dicta LXVII. de contrahenda emptione. Non eſt ergo alienatio ea dominii tranſlatio qua pecunia non tranſit libera ad eum qui accepit, ut fuit apud eum qui dedit. Nam qui mutuo dat pecuniam ſuam, habuit liberam, nec talem transfert ad eum qui accipit. Non eadē itaq; cauſa nec eodē titulo eam habet qui ad eā reddendā obligatus eſt, & donec ſolverit pro ea penſionē ſolvit, quibus eam habuit dominus qui dedit. Qui fundum dat in emphyteuſin, non talem dat qualem habuit, nec dominium transfert tale quale apud ipſum fuit. Ideo emphyteuſis non eſt alienatio, quamvis ſit dominii translatio. Nam quamvis dominus appelletur emphyteuticarius; ut alienatio ſit, ſi ſervus

vus fuit fundus, cum ſervitutibus tranſit: ſi liber, uti fuit, id eſt, *cnm ſua cauſa*, ut dicitur in ead. leg. xx. D. de acquirendo rerum dominio. Qui pecuniam habere alienam dicitur debitor, non eodem Iure & titulo eam habet, ut habuit ille qui dedit, cui ſua etiam dici ſolet quamdiu manet apud debitorem. Nolunt, in emphyteuſi transferri dominium, ne habeant neceſſe fateri, aliquam eſſe dominii tranſlationem quæ alienatio non ſit. Quomodo igitur dominium illud ſuum retinet ac ius dominii qui in conductionem perpetuam illud dedit? Non poteſt illud repetere ab accipiente quamdiu ipſi penſio de qua convenit præſtabitur. Ergo penſio eſt, quæ prohibet ne tranſlatum & alienatū dominium videri poſſit, quãvis avelli non poſſit ab eo qui accepit quamdiu pactum ſalarium quotannis ſolvet. Hæc eadem ratio etiam facit, ne videri poſſit alienatum pecuniæ dominium ab eo qui mutuum illud dedit, quia pro eo ſingulis menſibus aut annis certam penſionem recipit, donec ſors ipſa ei perſoluta ſit. Hoc plus eſt in Mutuo quam in emphyteuſi, quod ab alienatione longius eum contractum removet quam emphyteuticum. Nam emphyteuticus ager

nunquam redit ad dominum, quamdiu penſionem ei præſtat emphyteuticarius. At pecunia mutuo data præſtituto certo tempore reddi debet domino, & donec eam reddat, pro interuſurio medii temporis pendere mercedem tenetur. Eſt ergo tranſlatio dominii ſine alienatione, & mutuum non eſt alienatio. Ipſa lex illa quam citant ex Codice de fundo dobali, debuit eos admonere ac docere, dominium transferri, nec tamen alienari, ut in illo ipſo dotali fundo cuius dominium tranſit in maritum, qui ab uxore tamen non cenſetur alienatus, ut pote quæ domina eius potiori Iure dicatur, id eſt, naturali, cum maritus, ut Doctores quidam affirmant, dominus ficticius ſit, quaſi commentitio & imaginario quodam dominio ei quæſito, quod intra fructuum perceptionem conſiſtere ait Theodorus ad eam legem XXI. Cod. de donationibus. Tale eſt dominium mutuatarii in pecunia mutuaticia, cuius uſum tantum accepit. Qui uſus quoniam ſine abuſu conſtare non poteſt, ideo quantitatem eamdem reddit, quæ nec alienari poteſt, nec conſumi. Tale eſt dominium fructuarii, & emphyteuticarii.

AD IX.

Mutuum alienationem rei ſecum adferre, manifeſte etiam, ait *prodere legem* Obligari, IX. D. de auctoritate tutorum, his verbis: *Pupillus credendo obligare ſibi non poteſt, quia ſine tutoris auctoritate alienare nihil poteſt*. Ex hac lege, ſi ſic legeretur atq; intelligeretur, ut vulgo fit, hoc tantum conſtaret, quod ſemper falſus eſt Salmaſius, pecuniam quæ mutuo datur, hoc eſt, corpus ipſum nummorum, alienari. Et propterea pupillum prohiberi mutuum dare ſine tutoris auctoritate, quia nihil poteſt alienare niſi auctor ei ſit tutor. Non tamen inde concludi poteſt, quod concluſum habere poſtulat Theſis, *Quiſquis alienandæ rei habet poteſtatem, & nummos mutuat, eos certe alienare*. Pari ratione colligi deberet, qui rei ſuæ alienandæ habet poteſtatem, & eam pignori obligat, eam quoque alienare. Nam Iuſtinianus verbo *alienandi* pignoris etiam obligationem complexus eſt, ut manifeſtum eſt ex leg. ult. Cod. de rebus alienis non alienandis. Qui autem pignori rem dat, etiam credit, ut conſtat ex leg. I. D. de rebus creditis. Sed & lex illa, quomodo vulgo legitur, falſiſſi-

mam

mam ſententiam continet, *pupillus credendo obligare ſibi non poſſe.* Immo certum eſt, ſibi obligare poſſe. Nam qui cum pupillo contrahunt ſine tutoris auctoritate, obligantur ipſi, non eum obligant.

AD X.

Legis ſupraſcriptæ textum, ait Theſis auctor, *viſum fuiſſe* Salmaſio, *qui eum corrigere voluit cum vehementer ſibi obſtare animadverteret, & copulata egregia quæ hactenus fuerunt, tam à Latinis quam à Græcis auctoribus Iuris, ſecuiſſe*, hoc modo: *Sed & credendo ſibi obligare poteſt. Quin & ſine tutoris auctoritate alienare nihil poteſt.* Non mirum, ſi Latina & Græca exemplaria Iuris quæ extant, ut & omnes interpretes, eam lectionem & diſtinctionem agnoſcunt, cum hæc illius loci interpolatio Triboniano ſit imputanda, quem conſtat infinitos plane locos in Digeſtis & Codice ad eumdem modum corrupiſſe, & interpolaſſe. Non ad eam illius legis emendationem hac cauſa impulſus videtur Salmaſius quod eius ſententiæ obſtaret ſcriptura vulgata, ſed quod Iuris rationibus ac ſcientiæ plane eſſet contraria. Quid enim tã

con-

contrariū Iuri, & rationi Iuris, legibusque, quam credendo obligare ſibi aliquem ad reddendum quod datum eſt, & rem ſuam alienare id faciendo? Nam in alienatione nulla eſt obligatio, & quod alienatum eſt, reddi non debet, nec redire ad dantem ab eo qui accepit. Hac autem lege, ut vulgo concipitur, in eadem ſignificatione ponitur, *credendo obligare ſibi aliquē, & rem ſuā alienare*, hoc eſt, vendere, donare, permutare. *Pupillus credendo obligare ſibi non poteſt, quia ſine tutoris auctoritate nihil alienare poteſt.* Quid eſt credendo obligare? Nempe deponendo, commodando, pignorando, mutuum dando. An eſt aliquis vel modica Iuris doctrina tinctus qui aliter poſſit interpretari?

AD XI.

Aſtute, inquit Theſis. Quid, aſtute? Quæ hic aſtutia aut calliditas? Statim addit, *ſe non aſſequi, nec probare audaces temerariaſque legum emendatrices manus, quæ ſinceris & integris locis corrumpendis admoventur.* Parum ſibi vir iſte doctus conſtare videtur, qui aſtutiam in eodem actu, & callidum conſilium, ſed & audaciā temeritatemq; collocat. Nec ego probarim attentari locos ſinceros & integros in Iure. Sed quæ-

quæſtio eſt an hic ſit ex eorum genere qui mutari ſine corruptela nequeant. Quod ſi fiat, revera hoc eſſe *κακουργεῖν τὴν νομικὴν*, fateor. Primo falſum eſt, pupillos non poſſe credendo ſibi aliquem obligare. Nam è contrario in omnibus contractibus ex quibus mutuæ obligationes naſcuntur, & in his præcipue quæ re contrahi ſolent, non ipſe obligatur, ſed obligat ſecum contrahentes, ſi tutoris auctoritas non interveniat. Deinde etiam falſiſſimum, idem eſſe, *credendo aliquem ſibi obligare*, & *rem ſuam alienare*. Vtrumque falſum in hac lege evidenter apparet. Conſideremus attentius hanc totam legem Caii IX, D. de auctoritate tutorum & curatorum. Facile inde liquebit, veriſſimam de hac eius emendatione Salmaſii eſſe ſententiam. Tractat in ea de paſſivis & activis pupilli obligationibus, quibus obligatur, & quibus obligat. Dicit ergo primo, de paſſivis in hæc verba: *Obligari in omni contractu pupillus ſine tutoris auctoritate non poteſt.* Generatim de omni contractu quo quis civiliter obligatur, pupillum cum aliquo contrahentem negat obligari. De activis obligationibus ſtatim ſubiicit, quod æque exprimi debuit de quocunque con-

tractu

tractu quo aliquis poteſt ſecum contrahentem obligare. Pro eo ſequitur, *ſed credendo obligare ſibi non poteſt.* Ergo id in genere par eſt accipi de omnibus contractibus quos inſtituimus fidem alicuius ſequuti, ut inde aliquid recipiamus. Qua generali ſignificatione verbum *credendi* poſuit prætor ſub Titulo de rebus creditis. Cũ hæc ita ſint, videamus an conſtet ratio huius legis contextui, ſicut vulgo conceptus eſt, hoc modo: *Obligari ex omni contractu pupillus ſine tutoris auctoritate non poteſt, ſed credendo obligare ſibi non poteſt.* Ratio loquendi ex ſenſu communi derivata poſtularet ita ſcribi ſine negatione. Ex omni contractu obligari pupillus non poteſt ſine tutoris auctoritate, ſed credendo poteſt ſibi obligare. *Non obligatur, ſed obligat.* At ſi dicatur, *Non obligatur, ſed non obligat*, inſcita eſt atque abſurda loquendi forma, & quæ ſenſui communis intelligentiæ plane repugnat, cum potius ita debuerit oratio concipi, ſi talis in ea intellectus exprimeretur, *Non obligatur, nec obligat.* Nã coniunctiva hæc particula *ſed*, ſequẽs pręmiſsã negativã, ita duas ſententias interiecta copulat, ut potius diſiungat, dum priori ſubiecta, & poſteriori præpoſita, ſemper vim prioris aut

aut minuit aut auget, aut in totum mutat, vel exceptione, vel contraria aſſertione, negativam in affirmativam & contra convertendo, nunquam vero in utraque idem, vel affirmat, vel negat. Tollendam igitur ex hac lege conſtat negationem, ut ſenſus ei poſſit conſtare: *Sed credendo obligare ſibi poteſt.* Sic etiã veritas huic regulæ adſtruetur, quæ contrario ſenſu falſiſſima deprehenditur. Si placeat non generali ſignificatione ſed ſpeciali verbum illud *credendi* accipere in hac lege, de mutuo, ne ſic quidem verum effeceeris quod dictum eſt. An credendo, id eſt, mutuam pecuniam dando, ſine tutore auctore pupillus, non obligat ſibi accipientem? Videamus id ex contrario. Pupillus non obligatur ex quocunque contractu quem inſtituat ſine tutoris auctoritate, ergo nec mutuum accipiendo obligatur. Si nummos igitur acceptos conſumpſerit, & diſſipaverit, nulla actione repetere eos ab illo poteſt, qui dedit. Non enim condictio datur adverſus pupillum qui nummos ſibi creditos ſine tutoris auctoritate conſumpſerit. An ipſe dando ſine tutore auctore non obligat accipientes? Hoc quidem lex iſta dicit, ut vulgo editur, ſed mendoſe & falſe.

Nec

Nec iuvat quod ex Inſtitutis adferunt, Tit. quibus alienare licet, *Pupillus nullam rem ſine tutoris auctoritate alienare poteſt. Ideoque ſi mutuam pecuniam ſine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis.* Quæ verba ex hoc loco Caii à ſe interpolato videtur in inſtituta tranſtuliſſe. Tribonianus, cum explicatione quæ non minus falſa eſt. Nam certe is qui nummos mutuo datos à pupillo accepit ſine tutoris auctoritate, magis ei obligatus eſt, quam ſi facta eſſent accipientis. Si contractus legitime initus eſſet, ſola condictione teneretur debitor. At hic plurium ſimul actionum vinculis obſtrictus, ad reddendum quod accepit tenetur, qui à pupillo mutuatus eſt pecuniam ſine tutoris auctoritate. Nam & vindicationi locus eſt, ſi nummi extent, hoc eſt, actioni in rem. Si occultentur, actio ad exhibendum competit. Si vero bona fide conſumpti ſunt, condictio. An qui tot actionibus tenetur ad reddendum quod accepit, non obligatus eſt pupillo? Cur igitur dixit Iuſtinianus in Inſtitutis, ſi mutuam pecuniam alicui dederit pupillus ſine tutoris auctoritate, *non contrahi obligationem?* An intellexit, non obligari

cum pupillo? Id falſiſſimum. Immo plus obligatur pupillo, & pluribus actionibus obnoxius exiſtit quã ſi contracta civiliter eſſet obligatio. Quæro etiam, an in aliis contractibus quos ineundo pupillus non obligatur, & obligat ſecum contrahentem, nulla contrahi intelligatur obligatio? In depoſiti quodam genere, & locati, ſimiliter ut in mutuo, pecunia numerata, vel argentum infectum, fit accipientis. Quid ſi igitur pupillus depoſuerit pecuniam apud aliquem adnumeratã, & proinde uti permiſerit nummis depoſitis ſuſcipienti, an non obligabit ſibi contrahentem? Immo & in hoc, & in aliis quibuſlibet contractibus, pupillus obligat ſecum contrahentem, non obligatur. Quod & ipſe Caius in Inſtitutis Iuſtiniani clariſſime, his verbis teſtatus eſt, *pupillos, ſi tutoris auctoritas non interveniat, ipſos quidem qui cum his contrahunt, obligari, at invicem eos non obligari.* Eadem prorſus hic habetur ſententia Caii lege præſcripta, ſicut à Salmaſio emendata eſt: *Obligari ex omni contractu pupillus ſine tutoris auctoritate non poteſt, ſed credendo obligare ſibi poteſt.* Credendo, id eſt, ex omni contractu ex quo recepturi aliquid ſumus, cuicunque rei adſenſum præbuimus, a-

lienam

lienam fidem ſequuti. Nec hæc regula minus locū habet in mutui datione quã in aliis obligationibus quæ re contrahuntur. Falſiſſimum proinde erit quod hic ponitur, quamvis non in genere, ſed in ſpecie, verbū *credendi* uſurpatū intelligatur pro mutuum dare. Extra omnem quippe controverſiam eſt, pupillum accipientem mutuam pecuniam non obligari, dantem vero obligare. Addit in hac Theſi diſputator, *illud expediti Iuris eſſe, quoties credere quis poſſe negatur, addita hac ratione, quia rei alienandæ poteſtatem non habet*, ut in dicta lege obligari, IX. *verbum credendi non in genere, ſed in ſpecie uſurpatur pro mutuum dare*. Qua ratione id poſſit conſiſtere, non video. Nam exempla legum quæ attulit, nullam habent ſimilitudinem. Si præmitteretur mutui mentio, deinde ſubſequeretur *credendi* verbum, tum referri deberet ad mutuum, & reſtringeretur eius ſignificatio generalis ad ſpeciem. Sed hic contra fit. Abſolute dicitur, *credendo pupillum ſine tutoris auctoritate obligare ſibi non poſſe*. Quis aliter poſſit id accipere quam in generali eius notione? Deinde ſubiicitur, *quia ſine tutoris auctoritate nihil alienare poteſt*. Video quidem, eum qui ſic ſcripſit, verbum *credendi* ſpeciatim

de mutuo accepiſſe, ſed inepte & inſulſe, cum nihilo ſecius falſa maneat propoſitio, quæ præceſſit, *pupillum credendo ſine tutoris auctoritate obligare aliquem non poſſe.* Age ſi pupillus non obligat accipientem à ſe mutuum, perdere igitur debet quod dedit. Non vindicationem habebit in rem, non condictionem ſi nummi conſumpti fuerint bona fide, non ad exhibendum actionem ſi mala. Nihil enim eorũ competit adverſus pupillum qui nõ obligatur ex contractu mutui cum pecuniam ab aliquo accepit. Nam & cum indebitum ei ſolutum eſt, non obligatur nec tenetur indebiti condictione, ut eſt in Inſtitutis III. Tit. XV. Si ipſe autem indebitum ſolverit, obligat accipientem. In leg. XII. D. de rebus creditis, verbum *credendi* accipitur quidem ſtricta ac ſpeciali notione pro mutui datione, ſed non aliter intelligi ibi poteſt, quia tota lex de mutua pecunia, & credita agit, ac meminit ſtatim in principio illius ſervi, qui ex parte heres ſcriptus, & ſtatus ſui ignarus, pecuniam domini defuncti, aut exegit aut credidit. Vnde certum eſt, verbum *creditæ pecuniæ* aut *credendæ* non poſſe ibi aliter quam de mutuo data intelligi. Lex autem III. D. de Sc.

Macedo-

Macedoniano, quæ ad hoc citatur à profeſſore Franekerano, ut oſtendat, verbum *credendi* ſpeciali intellectu ſumi, nihil prorſus ad rem facit, nec ſimile quid habet cũ lege IX. D. de auctoritate tutoris. Nam in eo paragrapho quem allegant, *Proinde* II, mentio primo fit *mutuæ pecuniæ*: deinde ſequitur, *ſi filiusfamilias crediderit, ceſſare Senatuſconſultum, quod mutua pecunia non ſit.* Quia præceſſit iam de pecunia mutua nominatim, *credendi* verbum de quo poſterius fit mentio, ad mutui dationem referendum eſt. At in prædicta lege IX. nihil tale. Poſtquam enim poſuit, *obligari ex omni contractu pupillum ſine tutoris auctoritate non poſſe*, ſtatim ſubiungitur, *ſed credendo obligare aliquem ſibi non poſſe.* Quis non debeat id intelligere de omni contractu quo creditur alienæ fidei?

AD XII.

In hac Theſi refertur locus ex Inſtitutis Iuſtiniani, ex titulo Quibus alienare licet, ut comparetur cum hac lege Caii IX. ex D. de auctoritate tutorum: *Pupillus nullam rem ſine tutoris auctoritote alienare poteſt. Ideoque ſi mutuam pecuniam ſine tutoris auctoritate dederit, non contrahit obligationem,*

tionem, quia pecuniam non facit accipientis. Caius, inquiunt, rem eamdem ita expreſſit: *Pupillus credendo ſibi obligare non poteſt, quia ſine tutoris auctoritate nihil alienare poteſt.* Sed quæro iterum, quod iam in ſuperioribus quæſivi, an ſimilia ſint & paria, *obligationem non contrahi,* & *obligare aliquem non poſſe.* An non poſſit, quamvis obligatio non contrahatur mutui, obligatus tamē eſſe pupillo qui ab illo rē mutuo accipit? Nec dubium eſt, quin poſſit. Non contrahit obligationem civiliter pupillus ſine tutoris auctoritate pecuniam dans mutuam, nihilominus naturaliter obligat ſibi accipientem. Pecunia non fit mutua, non fit accipientis, quæ ſic à pupillo data fuerit, ſed tamen obligat eū ſibi, qui accepit, & pluribus quidē modis nodiſq; quā ſi obligatio civiliter ex cauſa mutui contracta eſſet. Sic filiusfamilias dans mutuos peculiares nummos, obligat, leg. 11. D. de rebus creditis. Non fieri tamē pecuniam mutuam quæ à filiofamilias creditur qui liberam habet peculii adminiſtrationem, planum eſt ex leg. 111. π. 11. D. de Sc. Macedoniano: *Si filiusfamilias crediderit, ceſſat Senatuſconſultum, quod pecunia mutua non fit, quamvis liberam peculii adminiſtrationem habuit. Non enim perdere ei peculium*

pater

pater concedit, *cum peculii adminiſtrationem permittit*, *& ideo vindicationem nummorum patri ſupereſſe ait.* Sane & condictionem etiam eidem ſupereſſe certum eſt, ſi bona fide conſumpti ſint, & actionem ad exhibendũ, ſi dolo malo: quemadmodum & pupillo hę omnes actiones competunt, quamvis pecunia mutua non fiat quam ſine tutoris auctoritate mutuam dederit. Lege eadem D. eodem: *In pupillo autem alia ratione debuit dicere ceſſare Senatuſconſultum, quod mutua pecunia non fit, quam ſine tutoris auctoritate pupillus dat.* Hoc eſt quod dixit Iuſtinianus in Inſtitutis, *non contrahi obligationem* pro ea pecunia quam ſine tutoris auctoritate mutuam dederit. Melius tamen dixiſſet, non *fieri mutuam*, vel non contrahi obligationem ex cauſa mutui, quia pecuniam non facit accipientis. Nam quamvis mutua non fiat vel credita, nihilominus tamen obligat ſibi accipientem, & ſic obligationem proprie loquendo contrahit, ſed non civilem nec ex cauſa crediti, vel mutui. Mutua ergo non fieri pecunia dicitur, qua mutui obligatio civiliter nõ contrahitur. *Nõ fit* etiã *credita* eodem ſenſu, dum nimirum non fit accipientis. ut in lege XVI. D. de rebus creditis, *Si ſocius propriam pecuniam dedit, omnino cre-*

no creditam pecuniam facit. Videntur lex II. D. de rebus creditis, & lex IV. D. de Sc. Macedoniano, inter ſe pugnare. In hac filiusfamilias, quāvis liberam peculii adminiſtrationem habeat, ſi credat pecuniam, tamen non fieri mutuam dicit, hoc eſt, non contrahi obligationem ex cauſa mutui, nec pecuniam fieri accipientis. Et ratio additur, quia non perdere ei peculium pater conceſſit, cum peculii adminiſtrationem permiſit, & ideo vindicationem nummorum patri ſupereſſe ait. At in illa ſcribitur, filiumfamilias & ſervũ dantes peculiares nummos obligare. Certum quidem eſt, tametſi pecunia non fiat mutua quæ datur à pupillo mutuā, nihiloſecius accipientem ſibi obligare. Sed leg. XI. D. eodem, aperte dicit Iuriſconſultus, ſervum qui peculii adminiſtrationem habet, mutuam facere pecuniam. An filiusfamilias in lege quæ dicit Sc. Macedonianũ ceſſare, cum dat mutuam filiofamilias, mutuam non facit pecuniam, cum aliis dat facit? Videndum ita explicanda videatur ea lex. Tamẽ abſolute dixit, mutuam non facere pecuniam filiumfamilias qui credit, & propterea in eius perſona ceſſare Senatuſconſultum. In eodem paragrapho

idem

idem ſcripſit de pupillo. Cum enim notaſſet ex Iuliano, & in eo qui ſcire non potuit an filiusfamilias ſit, ceſſare Senatuſconſultum, ut puta in pupillo vel in minore viginti quinque annis, de minore addit, cauſa cognita ei à prætore ſuccurrendum, ſed alia ratione pupillo ſubveniri, ac ceſſare in eo Senatuſconſultum, nimirum quod pecunia mutua non ſit quam ſine tutoris auctoritate dat᷑. Idem mox ſcribit & de filiofamilias, ea ratione nempe ceſſare in eo Senatuſconſultum, quod mutuam non faciat pecuniam quam credit᷑. Falſum igitur quod notant Doctores, filiumfamilias qui liberam habet peculii adminiſtrationem, cõtractum mutui recte celebrare poſſe. Neganti favet lex XVII. D. de rebus creditis, quæ dicit, ſubveniendum eſſe filiofamilias extraordinario iudicio, qui viaticum ſuum mutuum dederit cum ſtudiorũ cauſa Romæ ageret. Nihil tã libere poteſt diſpenſare & adminiſtrare quam viaticum ſuum filiusfamilias. Et ſi quid ex eo acquirit, ſibi, non patri acquirit᷑. Quod contra eſt de peculio. Cur igitur ei ſubveniri oportere reſpondet Scævola, mutuũ ſuum viaticum danti, & extraordinario quidẽ iudicio? Quod nimi-

rum, ſi idem peculii pecuniã dediſſet, non eam facere mutuam viſum ſit prætori, & antiquis Iuriſconſultis. Non enim ei perdere permiſit peculium pater, qui liberam eius adminiſtrationem illi conceſſit. At perdere eſt male credere, & pecuniam minime idoneis nominibus collocare. Quod iudicii defectu, & conſilii, ſæpe accidere poteſt tam pupillis quam filiisfamilias. Quid igitur dicendum de illa leg. II. D. de rebus creditis, quæ contrarium videtur innuere? Permiſſu patris aut domini pecuniam eos mutuam dediſſe intelligendum, ſpeciatim ad hoc dato. At ex leg. XXII. D. de ſolutionibus liquet, filiumfamilias patre quidem invito debitorem liberare non poſſe, ſed mutuum poſſe dare. *Filiusfamilias*, inquit, *patre invito debitorem eius liberare non poteſt. adquirere enim obligationem poteſt, diminuere non poteſt.* Qui mutuum dat, acquirit obligationem. Non ergo alienat. Qui vero debitorem liberat, alienat. Contraria ergo ſunt, debitorem facere mutuo dato, & liberare. Si hoc alienare eſt, illud non eſt. Filius autem familias qui filiofamilias dat mutuam pecuniam, plane eam alienat, quia perdit, ob Senatuſconſultum Macedonianum. Ideo in eius perſona ceſ-

ceſſat S.C. quia pater non permiſit filio peculii liberam adminiſtrationem ut perdat, ſed ut acquirat. Ergo aliis mutuo dare poteſt, quia ſic dando, acquirit obligationem: non acquirit autem cum credit pecuniã filiofamilias. Alioquin nõ video quomodo aliter queant iſtæ leges conciliari. De ſervo aliud eſt. Nã cui peculii adminiſtrationem conceſſit dominus, mutuam eum dare poſſe pecuniam, & ex ea fœnerare, & quod lucri ex his fecerit domino acquirere, certi Iuris eſt, & diſerte id teſtatur lex XI. D. eodem. Idem eſt, de filiofamilias, cum dat alii quam filiofamilias. Pupillus autem obligat ſibi accipientem, non ipſe obligatur accipienti. Falſa proinde ſententia legis IX. D. de auctoritate tutorum, cum lectione vulgata, quæ perhibet, pupillum credendo obligare ſibi accipientem non poſſe, cum certi ſit & indubitati Iuris, pupillum ex omni contractu non poſſe obligari, & obligare poſſe. In hac Theſi citantur à dicto profeſſore Iuris, Duareni verba ex commentario in Titulum Si certum petatur, ubi docet, in mutuo dando *alienationem quamdam eſſe. Nam cum quis,* inquit, *pecuniam mutuam dat alteri, alienat eam, quia alienatio eſt omnis actus quo dominium*

minium in aliquem transfertur. leg. 1. Cod. de fundo dotali. Abſque illa lege eſſet, non poſſent probare Doctores, dominii quamcunque tranſlationem eſſe alienationem. Proinde nec efficere poſſent, pecuniam mutuam cuius dominium transfertur in accipientem, haberi pro alienata, contra manifeſtam veritatem, & Iuriſconſultorum ſententiam qui tradunt, *pecuniam quæ ſic datur ut recipiatur, non alienari*. Sed legem illam qua id tuentur, nihil pro illis facere ſupra oſtendimus, ut eam explicavimus. Non illud etiam me intelligere fateor, quod aiunt, *mutuum eſſe quamdam alienationem*. An non audent dicere, plenam & perfectam eſſe alienationem? Coprianus longe confidentior, qui non differre mutui dationem vult à venditione, à permutatione, & ab aliis quibuſcunque alienationibus. Vidi & nuper Theſes in Vltraiectina Academia publice ventilatas, in quibus poneretur, Mutui dationem eſſe *Minorem alienationem*. Quaſi ſcilicet aliqua maior ſit alienatio. An inſiſtunt fundamentis Iuris qui talia proponunt ac defendunt? Mutuum eſt quædam alienatio. Cur quædam? Cur minor? Cur non vera? Nam & vir celeberrimus nuper diſputavit, mutuum

non

non eſſe veram alienationem. An aliqua eſt vera, aliqua non vera? Aut omnino vera eſt alienatio mutui datio, aut abſolute non eſt. Si reſpectu corporum quæ mutuo dantur, quæq; accipientis fiunt, mutui contractus alienatio cenſetur, non quædam eſt, nec minor, ſed maxima & totalis, ut ita dicam, formaliſque alienatio. Nam ſpecies illa ita diſcedit à dominio dantis, ut nunquam ad eum redeat, ſed uſu apud accipientem conſumatur, haud ſecus ac ſi tradita ipſi eſſet ex iuſta quacunque cauſa, & à domino alienata. Si vero mutuum in hac ſpecie, quæ tranſit in dominiū accipientis, & quaſi alienatur, non eſt poſitum, ſed in quantitate quam certum eſt nullo modo fuiſſe alienatam, ſic mutuum non magis erit alienatio, quam depoſitum, commodatum aut locatum. Nam obligatio mutui contrahitur non ad corpus illud quod mutuo datum eſt, ſed ad idem in genere ac quantitate reddendum. In qua obligatione & redditione, quæ proprie mutuum conſtituit, nullus eſt ac ne minimæ quidem alienationis intellectus. Si ad corpus ergo attendatur quod datum eſt, pro maxima & perfectiſſima haberi debet alienatione: ſi quantitas reſpicia-
tur,

tur, in qua mutuum conſiſtit, nulla eſt: & propter hoc ipſum quod reddendum eſt in eodem genere, ne ſpecies quidem proprie alienata cenſetur, quia reddi debet in alio genere, argumento leg. LV. D. de ſolutionibus: *Quemadmodum non alienantur nummi, qui ſic dantur ut recipiantur.*

AD XIII.

Quid ad iſtum, inquit, *locum Inſtitutionum, reſpondet vir clariſſimus?* Salmaſium intelligit. Et locus ille eſt, ubi ſcriptum eſt, *pupillum nullam rem ſine tutoris auctoritatis alienare poſſe.* Ideoque nec pecuniam mutuã poſſe dare, niſi interveniat tutoris auctoritas. Ergo mutui dationem inde concludunt eſſe alienationem. Reſpondit Salmaſius in Diatriba de mutuo, rationem illam quæ in Inſtitutis refertur, falſam eſſe, & ex loco Caii in Digeſta relato, & à Triboniano interpolato, deſumptã eſſe. Quin interpolatus ille locus Caii fuerit à Triboniano, iam puto ex his quæ ſupra notavimus æquioribus harum rerũ æſtimatoribus & vera Iuris ſcientia eruditis liquere. Non enim poteſt cõſiſtere illa lex cum vulgata lectione, quę pupillũ credẽdo ſibi aliquẽ obligare poſſe ſtatuit, quia non poſſit alienа-

lienare. Quaſi *alienare* & *credere* generaliter ſumptum idem ſit: & quaſi verum ſit, pupillum etiam mutuum dando non obligare accipientem ad reddendum. Quod utrumque eſſe falſiſſimũ, ſupra abunde demonſtravimus. Veriſſima igitur Salmaſiana illius legis emendatio, quæ pauxillula conſtitit mutatione. Nam ab alio principio ſcribendum: *Quin ſine tutoris auctoritate nihil alienare poteſt.* Pro eo quod legitur in vulgatis *quia*, Salmaſius reſcripſit *quin*, una tantum littera mutata. Sic omnia recte conſtant in illa lege, & ſequentia ita connectenda: *Quin ſine tutoris auctoritate nihil alienare poteſt. Ex eo autẽ quod pupillus nullã rẽ ſine tutoris auctoritate alienare poteſt, apparet, nec manumittere ſine tutoris auctoritate poſſe.* Cum dixit Iuriſconſultus, pupillum ſine tutoris auctoritate nihil alienare poſſe, non neceſſe habuit, omnes alienandi ſpecies quæ tunc erant notæ & certæ, recenſiere. Solum id, de quo videri dubium poſſet an alienationis verbo contineretur, nominatim expreſſit, ſervorũ nempe manumiſſionem. Primo igitur loco Caius inter ea quæ pupillo agere non liceret ſine tutoris auctoritate, poſuit obligationes ſive contractus cuiuſcunque generis, deinde alienationes,

nationes, tertio loco dominii tranſlationes quæ ſine alienatione fiunt. Inter obligationes quæ credendo contrahuntur, mutui dationem ſine dubio complexus eſt. Inter dominii tranſlationes quæ citra alienationem fierent, numeravit expreſſe ſolutionum omne genus. *Pupillus*, inquit, *ex omnibus cauſis ſolvendo ſine tutoris auctoritate nihil agit, quia nullum dominium transferre poteſt.* Si ſolutionem eſſe alienationẽ putaſſet, æque potuiſſet dicere, *quia nullam rem alienare poteſt*, quam *quia nullum dominium transferre poteſt*. Nec opus etiam erat id repetere. Cum enim id iam præceſſerit, *ex eo quod nullam rem pupillus alienare poteſt ſine tutoris auctoritate*, appareret, nec manumittere eum ſine tutoris auctoritate poſſe. Continenter ſubiunxit, ſed & *ex omnibus cauſis ſolvendo nihil agit.* Facile ergo ex ſuperioribus intellectum id cauſę foret, *quia nullam rem alienare poteſt.* Doctores, quibus perſuaſum eſt, omnem actũ quo dominium transfertur eſſe alienationem, etiã ſolutionẽ pro alienatione habuerunt, ſaltem pro alienationis quadam ſpecie. Quod ſatis ſupra refutavimus. Et tamẽ ſic certũ eſt, hanc dominii tranſlationẽ quæ ſolvendo fit, meliori Iure poſſe alienationem

tionem dici quam mutuo dationem. Nam in perpetuum transfert dominium, cum ex mutui datione reddendum ſit quod datum eſt, in eodem genere. Sed cum verbum *ſolutionis* pertineat ad omnem liberationem quoquo modo factam, magiſque ideo referatur ad ſubſtantiam obligationis, quam ad nummorum numerationem, ut eſt in leg. LIV. D. de ſolutionibus, nullo modo poteſt inter alienationum ſpecies referri. Leg. XIV. D. eodem Vlpianus ait, *pupillum ſine tutoris auctoritate nec ſolvere poſſe, palam eſſe,* nec cauſam eam reddit quod non poſſit alienare. Si dederit nummos, non fient accipientis, eadem prorſus ratione qua nec fiunt accipientis, cum mutuos eos dedit ſine tutoris auctoritate. Tam igitur hi quos ſic ſolverat, quam quos ſic dederat, vindicari poterant ſi extarent. Si conſumpti eſſent quos in ſolutũ dediſſet, liberabatur: ſi quos dediſſet mutuo, condictioni locus erat æque ac ſi fuiſſent facti accipientis. Cur igitur mutuum dare non poteſt pupillus ſine tutoris auctoritate? An quia nihil poteſt ſine tutore alienare? Nullo modo. An quia nullum dominium transferre ſine tutoris auctoritate poteſt? Hoc quidem æque dici poſ-

ſet atque in ſolutione. Sed qui ſolvit, non contrahit, diſtrahit potius ac diſſolvit obligationem contractam. Ideo nihil agere ſolvendo pupillum ſine tutoris auctoritate, hac ratione cenſuerunt, quia dominium transferre nullum poſſet niſi interveniente tutoris auctoritate. Solutio autem dominii tranſlatio eſt. At is qui pecuniam credit, obligationem contrahit. Ergo inter eos contractus & hunc retulerunt, ex quibus obligari non poſſunt pupilli ſine tutoris auctoritate, & quibus credendo ſibi obligant eos qui ſecum contraxerint. Si pupillus pecuniam depoſuerit, non eſt depoſitum, præcipue ſi depoſita pecunia permiſerit uti: quo caſu tranſit dominium in accipientem. Nec hic igitur depoſita pecunia à pupillo accipientis fit. Vt nec in locati genere, in quo ſimiliter aurum, vel argentum quod datum eſt fabro, ad eum tranſit, pondere eodem reddendum. In his omnibus & aliis contractibus obligat, ipſe non obligatur. Et facile ſic omnes cum pupillo quæcumq; ex cauſa contracturi ſubmoventur, & à contrahendo prohibentur, cum videant nullum ſe inde emolumentum percepturos, ſed certum damnum relaturos, quia obli-

obligatio non ſit ex his reciproca, quã ipſi ſoli tenentur, non pupillus. Vt in hac ipſa mutui datione, quod dederit pupillus ſine tutoris auctoritate, omnibus modis repetit, ſive extent nummi, ſive conſumpti ſint fide bona aut dolo. Vindicabit, condicet, ad exhibendum aget. Quid ſi contra mutuum pupillo aliquis dederit? Certiſſimo perdet non credet. Quis igitur niſi ſtultus pupillo mutuum dare vel ab eo accipere, cum hæc ita ſint, volet? Quid igitur opus dicere pupillum mutuum dare non poſſe ſine tutoris auctoritate, quia nihil niſi tutore eodem auctore alienare poſſit? Hæc ridicula ratio, & inanis ac nulla. Non enim alienare poteſt, nec alienatũ ab eo videri, quod tot modis & actionibus Iure ſuo poteſt repetere. At revera alienat qui pupillo dat mutuum ſine tutoris auctoritate, quia perdit id quod dat: Sed alia etiam eſt ratio, cur pupillus cum dat mutuum pecuniam non faciat mutuam, nec in accipientem eam transferat. Dominum eſſe oportet qui mutuo dat. Cum enim mutui datio dominium transferat corporum quæ dantur, nemo niſi dominus dominiũ poteſt transferre in alium. Pupillus quidem dominus, verum quia bonorum non

habet adminiſtrationem, ſed tutor eius, ideo nihil agere Iure domini poteſt, niſi tutoris auctoritas intercesserit. Non igitur mutuum dans pecuniam facere eam poteſt accipientis, quia non habet bonorum adminiſtrationē, nec ullum rei dominiū transferre poteſt ſine tutoris auctoritate. Solus igitur qui dominus eſt, & qui bonorum ſuorum habet adminiſtrationem, dominium poteſt transferre in mutui datione, & pecuniam facere accipientis. Ad eum etiam pertinet pro Iure dominii dominium transferre, qui ius habet rerum ſuarum alienandarum. Si quis poteſt tanquam dominus rem ſuam alienare, etiam poteſt dominium transferre, non contra. Ideo ſolus creditam & mutuam facere pecuniam poteſt, id eſt, facere accipientis, qui rei ſuæ habet alienationem, id eſt, alienandi facultatem. Vt in lege XVI. *Si ſocius propriam pecuniam mutuam dedit, omnimodo creditam facit, licet cæteri diſſentiant. Quod ſi communem numeravit, non alias creditam efficit, niſi cæteri quoque conſentiant, quia ſuæ partis tantum alienationem habuit.* Id eſt, ſuæ partis dominus fuit. Ex qua lege perperam mutuum alienationem eſſe ſtatuerunt. Non eſt dominus, niſi qui rem ſuam alienare

lienare poteſt, & nemo niſi qui rei ſuæ alienandæ poteſtatem habet, mutuam eam dando, creditam facere valet, hoc eſt, dominium eius in accipientem transferre. Talis dominii trãſlatio qualis fit in mutui datione, non eſt alienatio, quia, ut iam ſupra diximus, non tale transfertur quale apud dominũ fuit, non eodẽ iure, conditione, & cauſa à debitore habetur ut habebatur à creditore. Et quamvis daretur quod & dedimus, proprie corporũ alienationẽ fieri quæ mutuo dantur, non inde conſtaret, Mutui cõtractum vel obligationẽ eſſe alienationem. Nõ enim ad illã ſpeciem quæ tranſiit contracta eſt, ſed ad quantitatem, quæ reddi debet, quia nõ alienata eſt. Fatendũ quidem eſt, Iuſtinianum *alienandi* appellationem longius extendiſſe, quam accepta eſt eius verbi notio veteribus Iuriſconſultis. Nam tollendo diſcrimen domini *Bonitarii*, & domini *Quiritarii*, alienationem veterum Iuriſconſulrorum confudit cum dominii tranſlatione. Deinde verbo *alienationis* nõ ſolum contineri voluit, dominii quamcunque tranſlationem, & manumiſſionem ſervorum, ſed etiam & uſusfructus dationem, hypothecam, pignus, ſervitutum impoſitionem, & contractum

emphyteuſeos, ut liquet ex leg. ult. D. de rebus alienis alienandis. Qua tamen lege Mutui contractum, inter alienandi ſpecies non recenſuit. Poſtremo cum veteres prudentes fundum dotalem ſolis quæ tunc in uſu eſſent ac proprie ſic dicerentur, alienationum generibus alienari à marito non poſſe conſtituiſſent, ipſe omnem actum quo dominium transfertur, pro alienatione eſſe in fundo dotali ſanxit. Sic ergo etiam voluit dominii tranſlationem, quæ fit in mutui datione, alienationem videri, contra veterum Iuriſconſultorum ſententiam, quæ illis verbis Ulpiani iam ſæpius allegatis ex leg. LV. de ſolutionibus continetur: *Nummi qui ſic dantur ut recipiantur non alienantur.* Sic multas leges corrupit & interpolavit Tribonianus veterum Iuris auctorum, ut eas accommodaret novæ Iuſtiniani Iuriſprudentiæ. Ut locum Caii leg. IX. D. de tutorum auctoritate, & leg. XLI. D. de rebus creditis. Sed quamlibet pro alienatis cenſeantur corpora nummorum quæ tranſeunt à dante in accipientem mutuo, non tamen ipſum Mutuum ſtatui poteſt alienatio, quia non conſiſtit in illis corporibus, nec ad illa corpora contracta eſt obligatio. Nec ſane

ne Iuſtinianus id uſpiam voluit. E contraro cum lege aut teſtamento, aut pactione contrahentium prohibetur alienatio, cum alia multa comprehenderit ſub nomine *alienandi*, quæ nihil commune habent cum vera alienatione, Mutuum tamen eorum enumeratione non complexus eſt.

AD XIV.

In his cæteroquin cauſis in quibus mutuæ obligationes naſcuntur, ſi tutoris auctoritas non interveniat, is quidem qui cum pupillo contrahit, obligatur, at invicem pupillus non obligatur, ex Iuſtitutis de auctoritate tutorum. Hæc ponit Theſis, & verum eſt, nec ullam ei ἀντίθεσιν opponam. Sed quod in διπλεύροις contractibus hic valet, ex quibus mutuæ obligationes naſcuntur, an non & in μονοπλεύροις, qualis eſt ex mutuo obligatio, locum etiã habuit? Caius certe non diſtinxit, leg. IX. D. de auctoritate tutorum, ſed generaliter pronuntiavit, ex omni contractu non poſſe obligari pupillum ſine tutoris auctoritate, credendo, id eſt, omni contractu in quo creditur dantem ſibi obligare. Quæ diſputat Theſis de naturalis & civilis obligationis differentia, quando pupil-

lus obligatur naturaliter, quando civiliter, quamvis multa opponi poſſent, quia tamen ad mutuum non pertinent, ventilationem eorum aliis relinquemus.

AD XV.

Hactenus profeſſor argumenta omnia, quæ potuit, collegit, quibus adſtrueret, Mutuum eſſe alienationem, quæ abunde retuſa putamus. Ab hac Theſi incipiet argumenta confutare quibus Salmaſius ad contrariam tuendam opinionem movetur. Nihil aliud dicit Theſis. Iam ergo ad ſequentes tranſeamus, & examinemus, an quæ deſtruendo impenſæ ſunt id felicius præſtent, quam quæ ad adſtruendum admotæ fuerunt molitiones.

AD XVI.

Obiecerat primo Salmaſius, *pecuniam creditam dici debitori eſſe alienum, creditori vero ſuam, idque pro regula Iuris ab Vlpiano poni* leg. CCXIII. D. de verborum ſignificatione: *Aes alienum eſt, quod nos aliis debemus: Aes ſuum eſt, quod nobis alii debent.* Plura in eamdem ſententiam, quibus ea confirmaretur ex aliis auctoribus præter iuridicos, attulit. Reſpondere ſe ait acutiſſimus profeſſor & doctor, reſpon-

ſponſionem ſuggerere illam ipſam legem ccxiii. quæ à Salmaſio producta eſt. Miratus ſum ſtatim his lectis, & nondum ſequentibus pellectis, quomodo fieri poſſet, ut una eademque lege ac Iuris regula duo contraria ſtabilirentur. Iam nos id docebit. *Pecunia*, inquit, *credita, cuius dominium in debitorem eſt tranſlatum, adeoque alienata, debitori eſſe dicitur alienata, quia eius reſtitutionem debet creditori, ex natura mutui.* Ex hac ipſa reſponſione in ea ſententia valde me confirmari ſentio, quam Salmaſius tuetur. Nam cuius pecuniæ reſtitutio fieri debet creditori à debitore, vix poſſim mihi perſuadere eam alienatam videri. *Rurſus*, inquit, *pecunia credita, creditori dicitur ſua, quia condictione certi repetere eam poteſt.* Et rurſus hac etiam ratione penitus perſuadeor, pecuniã à creditore, quæ ſua dicitur creditori, non eſſe alienatam, quia creditor condictione certi eam poteſt repetere. Hoc etiam docet doctus doctor, in Theſi vi. ſupra, *non amittere pecuniam qui habet condictionem adverſus debitorem.* Qui non amittit, non alienat, ut ibi diximus. Alia etiam teſtimonia ex Iure profert, quibus probatur, *ſuum* idem quandoque ſignificare apud Iuriſconſultos quod debitum.

Si in ullo alienationis genere id quod alienatum eſt, *ſuum* ei dici qui alienavit, & *alienum* illi cui ex alienationis aliqua cauſa traditum eſt, mihi poteſt oſtendi, tum fatebor non gravatim, Mutuum eſſe alienationem. Hoc primum Salmaſii argumentum tam male confutatum ex iſtis liquet, ut, ſi alia non melius confutaverit, acutiſſimus Iuris profeſſor confuſus ipſe recedere debeat.

AD XVII.

Pari ratione, inquit, *maritus dotis eſt dominus, revera Iure naturali, inſpecto initio, quoniam traditur marito dos.* Ut par hæc ratio melius intelligatur, repetendum quod in ſuperiore Theſi ab eo poſitum eſt, *ſuum* proprie *debito* opponi leg. XXVII. & leg. XXXIV. D. de auro & argento legato. Et tamen *ſuum* etiam pro debito aliquando uſurpari in multis legibus. Pari ratione nunc dicit, maritum dici dominum dotis, Iure naturali, & tamen mulierem Iure etiam naturali dominam dotis perhiberi leg. XXX. Cod. de Iure dotium, & leg. LXXV. D. eodem. Ego vero ex hac paritate rationum recte concludere poſſe videor, mutuum non eſſe alienationem. Dominus eſt dotis maritus

ritus cui data eſt, domina etiam dotis uxor quæ dedit, Quid inde conſequitur? Nempe non eſſe dotem dando alienatam, cuius domina, & Iure quidem naturali, mulier perhibetur. Inauditum quippe eſt, rei alienatæ dominium permanere illius à quo eſt tradita & alienata. Parem hanc in Mutuo videamus rationem. *Suum* dicitur alicui quod ei debetur, ut eſt regula Iuris expoſita leg. CCXIII. D. de V. S. Vt ratio paritatis conſtet, debet & *ſuum* dici ei id quod debet. Quod tamen nuſquam in Iure reperitur. Contrarium quippe paſſim, & apud Iuris auctores, & apud alios occurrit, *alienum* eſſe cuilibet, quod ille debet. Tametſi autem ſuum pariter cuiq; diceretur quod debet, & quod debetur, debitori creditorique, non inde tamen conſequens eſſet, Mutuum eſſe alienationem. Nulla enim alienatio, id quod alienatum eſt, ſuum ei patitur dici, cuius ſemel, ex cauſa alienationis in alterum facta eſt dominii tranſlatio. Nunc vero regula Iuris eſt, *ſuum eſſe alicui quod ei debetur*. Cur igitur, cum ſuum ſit unicuique quod debetur, ſi argentum omne legaſſet paterfamilias *quod ſuum eſſet*, non debebatur id quod erat in credito, id eſt, quod

debe-

debebatur? Id iam in ſuperioribus explicavimus. Quod tempore mortis teſtatoris, non in manu ac poteſtate eius habetur argentum, id *ſui* nomine non intelligitur, nec ad legatarium tranſit. In bonis tamen teſtatoris cenſetur, & ad hæredem cum reliquis transfertur. Cum quis legat quod eſt ſuum, id tantū legare exiſtimatur, quod quaſi manu tenet, & in arca poſitum habet, non quod eſt in nominibus hoc eſt in credito. Quod ad legatum igitur attinet, multum differt, in arcane repoſitum ſit argentum, an in tabulis debeatur. At quod hæreditatem ſpectat, & bona univerſa defuncti, æque in eius cenſu numerantur nomina, & quod illi ſuum eſt ex crediti vel mutui cauſa, quā id quod in arca iacet. Unicum hutriuſque generis bona agnoſcunt & habent dominum, nempe creditorem, nec debitor unquam dicitur ſuum habere illud quod debet, licet corporum quæ mutuo data ſunt, dominium ad eum tranſierit. Dotis autem longe alia ac diſpar ratio eſt. Duos habet dominos, eam quæ dedit, & eum qui accepit, ſed diverſo Iure ac titulo. Quo magis miror, Clariſſimum virum, & Doctiſſimum profeſſorem, in hac Theſi ſcripſiſſe, tam maritum

tum quam uxorem eodem Iure, utputa naturali, dotis dominos haberi dicique. Quod per rerum naturam, & Iuris rationem non poteſt conſiſtere. Poteſt unus rem eamdem duplici Iure poſſidere, naturali & civili, ut qui ſoli dominus eſt in quo alter ſuperficium habet. Poſſunt duo eamdem rem diverſo Iure poſſidere, unus civili, alter naturali. Sed ut duo eiuſdem rei domini ſint uno & eodē Iure, id non poteſt fieri. Si mulier igitur dotis iure naturali domina eſt, ut clarum eſt ex leg. xxx. Cod. de Iure dotium, ubi dicit Iuſtinianus, *res dotales naturaliter in uxoris permanſiſſe dominio*, certe maritus naturale dotis dominium non quit dici habere. Ipſe etiam doctor hic ſibi contradicit, cum dicit, *maritum fingi eſſe dominum dotis*. Non eſt ergo naturalis eius dominus. Nam nulla fictio datur, ubi natura negotium ſuum agit. Videat etiam quam diſſimilia ſint, quorum parem rationem eſſe voluit. Suum unicuique eſt quod illi debetur, & quod cuique debetur in ſuis bonis id computat, non vero numeratur in bonis eius qui debet. At dos in bonis mariti eſt, quamvis ſit mulieris, ut habetur in leg. LXXV. D. de Iure dotium. Non utriuſque tamen eodem Iure eſſe dici-

dicitur. Si naturale eius dominium mulier habet, civile maritus habeat neceſſe eſt. Et ſane omnes Doctores, confitentur fictione Iuris maritum fieri dominũ dotis. Unde igitur noſter didicit, maritum dotis eſſe dominum revera, Iure naturali? *Inſpecto*, inquit, *initio, quoniam traditur marito dos; ut conſtat* ex paragrapho XI. Inſt. de rerum diviſione. Agnoſcant iã licet bona fide Doctores, ſe in has abſurditates coniectos eſſe per Iuriſprudentiam Iuſtiniani, ſive ea eſt Triboniani. Is certe dicto paragrapho docet Iuſtinianum ſuſtuliſſe differentiam, quæ priſco Iure fuit inter prædia Italica, & provincilia, ſtipendiaria & tributaria vulgo appellata, & conſtituiſſe, *ſi quando ex cauſa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex cauſa tradantur, ſine dubio transferantur.* Iam hinc ergo liquet, Iure Iuſtinianeo ac novo, res tradi ex cauſa dotis. Veteris autem Iuris hæc regula fuit, *per traditionem Iure naturali res nobis acquiri.* Cum igitur per traditionem dos fiat mariti, auctore Iuſtiniano, naturale etiam eius dominium marito acquiritur. Ergo alienatur quoque mulieri dos quæ ſic marito traditur. Quod tamen eſſe falſiſſimum, vel inde liquet, quod in mulieris domi-
nio

nio naturali permanet, ipſo illo teſte Iuſtiniano leg. xxx. Cod. de Iure dotium. Non igitur naturale eius dominium ad maritum tranſit per traditionem. Immo nec traditur quidem. Nam ſi traderetur, etiam alienaretur, & marito naturaliter adquireretur. Traditio quippe ſimplex, eſt propria rerum nec mancipii, qua alienantur. At traditio nexu vel mancipatio, rerum mancipii eſt alienatio ſic proprie olim dicta; qua ſola licebat prædia Italica abalienare, cum traditione ſola prædia provincialia dominos mutarent. Iuſtinianus diſcrimẽ hoc ſuſtulit, & ſimplici traditione rerum omnium dominia, ſive mãcipii eſſent, ſive nec mancipii, transferri ſanxit atque alienari. Inde etiam *traditionem* de rebus dotalibus uſurpavit, cum tamen dominium earum ſolum transferretur, non ulla fieret alienatio. Sed fortaſſean ita intellexerit Iuſtinianus. Illud profecto valde abſurdum videtur, & ab omni ratione alienum, ut id alienatum dicatur, cuius dominium naturale retineat is qui alienavit. *Traditionem* de dotis datione nunquam leguntur uſurpaſſes veteres iuriſperiti, neque etiam alii auctores claſſici. *Dari* ſemper dos, aut *dari in dotem*, apud

utroſque

utroſque dicitur, cum verbum *dandi* de his quæ repetuntur, ſæpe poni ſoleat, nunquam verbum *tradendi*. Ulpianus in titulis, Tit. de dotibus: *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur*. Cur non dixit *traditur*? Nondum tunc erat traditio dotis, ſed datio. In mutuo ſimiliter non eſt traditio, ſed datio. Nemo enim unquam legit, mutuo rem tradi, ſed dari, nec *mutui traditionem*, ſed *mutui dationem*. In genere dotium, fuit & ſpecies quæ dicebatur *Recepticia*, quam is qui dabat, ut ſibi redderetur ſtipulari ſolebat. Nulla certe fuit dos traditicia, id eſt, quæ ſemel tradita ſemper penes maritum remaneret, præter adventiciam. Verum de his alias. Additur in hac Theſi: *Nec abſimiliter adoptatus ab extraneo in eius poteſtatem hodieque revera tranſit, leg.* x. *Cod. de adoptivis. In cuius tamen poteſtate idem eſſe negatur.* Inſt. eodem. π. 11. Nec etiam hic video ſimilitudinis rationem. Antiquo Iure Romano non tantum naturales liberi in poteſtate patris erant, ſed etiam adoptati. Hi tanquam alienati cenſebantur à poteſtate patris naturalis, ut in poteſtatem ac quaſi dominium adoptantis tranſirent. Vnde & verbum *ἐκποίησιν* Græci de adoptione dicunt, quo nomi-

nomine omnem alienationem nuncupant. Et ἐκποιητὸν filium adoptivum appellant. Ut res alienata non amplius manet in poteſtate ac dominio eius qui alienavit, ſic in adoptionem datus filius, quaſi εἰς ἐκποίησιν, è poteſtate patris naturalis exibat, ut in adoptantis eſſet, haud ſecus ac ſi naturalis ei filius foret. Iuſtinianus hoc ius adoptionum mutavit, conſtituitque, *cum filiusfamilias extraneæ perſonæ in adoptionem datur, ut Iura patris naturalis minime diſſolverentur; nec quicquam ad patrem adoptivum tranſiret, nec in poteſtate eius eſſet*, ut habetur in Inſtitutis Tit. de adoptionibus. Conſtitutio, qua correxit, ſive potius corrupit veterum adoptionum Iura, ea extat in Codice, ſub eo titulo, x. Olim adoptio, vera fuit filii naturalis alienatio, hoc eſt, in alienam familiam tranſlatio cum poteſtate & Iure quod in eũ pater naturalis habuerat. Sacra, familiam, patriam poteſtatem mutabat filius adoptatus, & poterat impune præteriri à naturali patre cum teſtamentum faceret. Ut illud ſimile procederet quod hic notavit doctiſſimus profeſſor, debuit filius in adoptionem datus in utriuſque patris poteſtate ex æquo eſſe, naturalis & adoptivi. Sic enim quemad-

L modum

modum in dote duo ſunt eius domini & poſſeſſores, maritus cui data eſt, & uxor quæ dedit, duo ſimul cum eadem poteſtate patres unius filii adoptivi eſſe deberent ex æquo, naturalis & adoptivus. Antiquo Iure ſub unius patris poteſtate fuit filius adoptivus, nempe eius à quo fuerat adoptatus. Novo Iure filius adoptivus, quantum ad poteſtatem patriam attinet, unicum ſolummodo patrem agnovit, nempe naturalem. Nam ſanxit Iuſtinianus, ut filiusfamilias in adoptionem datus, non eſſet in poteſtate patris adoptivi. Falſum igitur quod hic Theſis ponit, *adoptatum ab extraneo in eius poteſtatem hodieque revera tranſire.* Nec enim id dicit lex illa x. Cod. de adoptionibus. Non etiam verũ quod in eadẽ Theſi aſſeritur, *fictione Iuris negari filium adoptivum in poteſtate patris adoptivi eſſe, ne filius ſucceſſione patris naturalis excideret.* Immo ius omne moſque adoptandi totus è fictione Iuris originem habuit. Non enim à natura. Magis quippe naturæ rationibus conſonum & conſentaneũ eſt, ut filius ſit in poteſtate patris naturalis quam in extranei, qui adoptavit & filium ſibi fecit fictione Iuris qui non erat. Sed quo tandem recident, & quorſum pertinent iſtæ

ſimi-

ſimilitudines ex dote & adoptione à Doctore Iuris quæſitæ? An ut mutui datio ſtatuatur alienatio? Poſſumus egregie illas retorquere in auctorem, ut contrarium potius ſtabiliatur. Quæ dotem dedit mulier, quamvis maritum eius dominũ conſtituat, nihilominus dos in dominio eius permanet naturali. Filiusfamilius quamvis à patre naturali in alienam familiam transferatur, & alteri detur in adoptionem, nihiloſecius poteſtas in filium Iure naturali ei conſervatur. Ita omnino qui mutuo rem dat, quamvis dominum eius in accipientem transferat; non ideo minus in bonis ſuis eam numerat; & naturale eius dominium ſibi reſervat, quod eſt recepturus per ſolutionem. Non enim ſummam ipſam quam dedit alienavit, ſed ſpeciem tantum, vel corpus nummorum in quibus mutuum non eſt poſitum. Pro ipſa ſumma vel quantitate quæ non eſt alienata, uſuras percipit donec ipſi perſoluta ſit. Quantumlibet porro placeat, Iuſtinianũ ſtatuiſſe, omnẽ dominii tranſlationem haberi pro alienatione, id ad ſpeciem quæ fit accipientis duntaxat pertinet, non ad ipſam quantitatem quæ manet inalienabilis. Sic primum argumentum Salmaſii ſartum te-

ctumque manet, & vindicatur à confutatione arguti diſputatoris.

AD XVIII.

Secundum fuit Salmaſii argumentum. *Pecunia quæ creditur in mutuo ſub uſuris, dicitur locari. An autem locatio alienatio eſt?* Theſis auctor reſpondere pro ſe ait Hotomannũ, Illuſtrium quæſtionum XL. *pecuniam ſimileſque res quæ quantitate conſtant cadere in locationem non poſſe*. Pro Salmaſio ego replico, contra Hotomannum, & illum Doctorem qui ſub eius umbone ſe tutum tectumque putavit, cum in res quæ quantitate conſtant, cadat locatio, non abſonum eſſe nec Iuri contrarium, ut in locationem etiam cadant huiuſmodi res, quæ pondere, numero, & menſura continentur. Frumentum locatur vehendum, quod ſic datur ad menſuram conductori naviculario, ut accipientis fiat, & tantumdem tantum reddere teneatur, non idem. Aurum datur fabro & argentum ad pondus, ut par auri pondus in annulos, aut argenti in vaſa converſi locatori reſtituat, non idem quod accepit. In utroque genere locatio & conductio eſt, quo tamen ſpecies data in dominium tranſit conductoris, nec eadem redditur locato-

locatori, ſed alia. Cur igitur non poſſit eſſe locatio pecuniæ ea conditione ſic datæ ut recipiatur in alio genere? *In locatione*, dicit Theſis, *idem corpus eademque forma reddenda eſt.* leg. 11. D. locati. Et *locationis*, reponit *ἀντίθεσις*, *genus eſt, in qua non idem corpus, non eadem forma redditur, ſed alia eiuſdem generis.* leg. XXXI. D. eodem. Addit Theſis, *locatæ rei tum dominium tum periculum penes locatorem manere.* leg. IX. & leg. XXXIX. locati, leg. XXVIII. Cod. eodem. Antitheſis regerit, in eo genere locationis in quo tantumdem redditur, tam dominium rei locatæ, quam periculum ſi amiſſa ſit, penes conductorem reſidere. Nam ſi perdiderit aurum faber quod ei ad pódus dedi, ut ex eo mihi annulum vel ſigillum faceret, nihilominus illud mihi rependit eodem pondere, & damno ipſius cedit quod amiſit. *At in mutuo*, inſtat Theſium ventilator, *non modo pecuniæ dominium & periculum in debitorem tranſit, verum etiamſi & ſortem & inſuper operam ſuam perdiderit, nihilo minus fœneratori & ſortem & uſuras debet*, leg. XI. Cod. ſi *certum petatur*. Tanto magis, ego reſpondeo, ab alienatione videri debet alienum mutuum; quia in eo quod ſemel eſt alienatum ab aliquo, & alterius dominio

 acqui-

acquiſitum, ſi ille qui dominium eius adprehendit, aliquo caſu id amiſerit, nihil eo nomine tenetur reddere illi qui alienavit. Is vero qui rem ſibi mutuo datam perdidit, aliam reddere obligatur ei à quo accepit, quantitate & qualitate parem. Quod argumentum eſt vel præcipuum, non alienatum id eſſe, quod datum eſt mutuo. Nam & commodato qui rem aliquam accepit, ſi perdiderit, aliam reddit eiuſdem formæ ac pretii. Si facit ad alienationem, quod res alienata periculo ſit eius cui tradita eſt: ecce genus mutui, in quo rei datæ periculum dantem, id eſt, creditorem, non accipientem, id eſt, debitorem ſpectat, ut in nautico fœnore, & traiecticia pecunia. leg. III. D. de Nautico fœnore. Ergo tale mutuum non erit ipſis alienatio. Concludit tandem Theſis, *ut veteres locari & conduci nummos dixerint, aut fœnus mercedemque appellarint, tamen id ut tranſlate & venuſte, non autem vere ac proprie dictum*. Venuſta certe hæc reſponſio, non vera. An Iuriſconſulti qui ita loquuti ſunt, & *pecunias collocari*, id eſt, ſub mercede vel uſuris dari, dixerunt, etiam venuſtatis potius rationem habuerunt quam veritatis? An quicquam magis proprie locatum dici poſſe videtur, quam

quam quod ita datum eſt præſtituto tempore, ut pro eius uſu donec reddideris mercedem ex pacto ſolvas? An in alienationem id tale quid cadit, ut pro eo quod alienaveris mercedem tibi præſtari paciſcaris, & rem ipſam poſt tempus ad tuum dominium redire poſtules? Quid aliud fit in mutuo? Vtrum locato ſimilius quod ſic datum eſt, an alienato? Quis mercedē pro ſuo pendit? Quis pro alieno accipit? Age demus, tranſlatā & figuratā venuſtamque hanc eſſe loquutionē, qua pecunia quæ ſub uſuris datur, *locari* dicitur Iuris auctoribus, an talis tranſlatio vel metaphora poteſt uſurpari, aut à quoquā uſurpata eſt, de re quę vere ſit alienata? An ius eſt, quod ſic alienatum eſt recipi, & donec recipiatur, pro uſu eius mercedem interim percipi? Argumenti Salmaſiani hæc vis fuit, cum mutui datio *locationis* nomine ab auctoribus Latinis, atque etiam Iuriſconſultis, ſæpius nuncupata ſit, ſi alienationem eam eſſe ſenſiſſent, non fuiſſe eam donaturos appellatione quæ tam longe abduceret ab alienationis intellectu eiuſmodi dationem quæ eſt locatio. Nulla eſt locatio quæ rem conductam alienet. Mutui datio dicitur locatio etiam in iure.

Ergo Mutuum non eſt alienatio.

AD XIX.

Tertium Salmaſii argumentum contra alienationem Mutui, hic refertur in hæc verba: *Debitor qui mutuatus eſt pecuniam, dicitur uti pecunia gratuita*, leg. VIII. D. in quibus cauſis cauſa pignoris, vel hypothecæ tacite cóntrahatur. *Si debitor ſua pecunia utitur, cur vocatur gratuita?* Reſpondet dominus profeſſor, *Quid ſit pecunia gratuita* in dicta lege VIII, *non intellexiſſe Salmaſium*. Næ ille parum intelligens iudicio Profeſſoris ſtatuitur Salmaſius, qui rem tam obviam nec ipſis pueris ignoratam aſſequi non potuerit. Magnam igitur habemus gratiam Doctori, qui nos id docere dignatus ſit quod Salmaſius neſcivit. Age minerval ei paremus. *Gratuita*, inquit, *pecunia ibi opponitur uſurariæ. Gratuita pecunia uti dicitur debitor qui eius nomine nullas præſtat uſuras.* Sed *δίδακτρον* hoc debemus Cuiacio, à quo id fatetur didiciſſe VIII. Obſervationum, XVII. Videamus iam, cum hac expoſitione vocis *gratuitam*, quam Salmaſius ignoravit, an non vis eius argumenti valere queat. Debitor qui non pendit uſuras pro pecunia mutuo ſibi data, *gratuita* ea dicitur

tur uti. An eſt aliquis qui uſum rei ſuæ, & dominium liberum habeat, quem fas ſit dicere, re uti gratuita quæ ſua eſt? Gratuitum, ex ſententia ac doctrina eximii Profeſſoris, opponitur uſurario, quod hactenus viros etiam doctiſſimos, immo & magnos, ut Salmaſium hic vocat, latuit. An igitur rerum noſtrarum, & quæ in dominio noſtro ſunt, quarum proprietas noſtra eſt, quas pleno iure poſſidemus, aliis gratuitis utimur, aliis non gratuitis, quod pro illarum uſu pendamus uſuras? Gratuitas ædes habitat inquilinus qui nullam penſionem pro his domino ſolvit. Non ſunt ipſius ædes illæ propriæ quarum uſum habet gratuitum. Dominus vice verſa, qui proprietatem illarum Iure civili & naturali tenet, cum eas habitabit, non gratuitis iis uti dicetur, ſed in ſuo habitare, ut conductor in conducto, ſi non gratuitas acceperit incolendas, ſed ſub annua penſione. Ergo quod ſuum eſt alicui, non id poteſt dici gratuitũ habere. Quod quis è contrario gratuitum habet, id ſuum habere non poteſt dici, præcipue cum de uſu rei alicuius agitur, qui gratuitus à domino proprietatis cuilibet poteſt concedi, aut non gratuitus, ſi pro eo merce-
 dem,

dem, vel penſionem exigat. Valet ergo argumentum Salmaſii, etiam admiſſa interpretatione doctiſſimi Profeſſoris, ſi debitor ſua pecunia utitur, cur vocatur gratuita? Si debitor pecuniã ſuam habet, cur mutuũ vocatur quod habet? Cur fœnebre & uſurariũ? An aliquis pro re ſua uſuras, penſionẽ aut mercedẽ pendit? Non ignoraſſe Salmaſium differentiam mutui gratuiti, & uſurarii, ſcripta eius de uſuris fidem facere poſſunt. Quæ ſubiiciuntur in hac Theſi uſque ad finem, alio pertinent, & diſputant de ſententia dictæ legis VIII. quæ inter doctores controvertitur. Nihil igitur illa ad nos. Hoc tantum ad nos, cũ quis gratuita pecunia uti dicitur, id de ſua non poſſe accipi, ſed de aliena, cuius uſum habet gratuitum, & ἄμισθον.

AD XX.

Pergit hęc Theſis abſolvere quod in ſuperiore cœptũ fuerat, de Antichreſtica conventione, cuius mentio fit in leg. VIII. ſupraſcripta, quã quidã Doctores emptionem appellarunt ſub lege redimendi factam. Hoc etiam nihil ad nos, ſed illud pertinet, quod in fine Theſis poſitum eſt, *Animadverſione dignum eſſe quod Alexius*

xius ſcripſit, *dominium fundi in hoc pignore antichreſtico transferri in creditorem, ad hoc ut fructus colligat: Non magis enim dominium hinc transferri quam in vero uſufructu, & locatione.* Iam ſupra huic obiectioni occurſum fuit, & oſtenſum, tam in locatione quam in uſufructu dominium transferri, nempe dominium fructus cum naturali poſſeſſione. Atque ex eo non ſolum emphyteuticarios conductores, ſed etiam fructuarios, *dominos* fuiſſe nuncupatos.

Ad XXI.

Pro quarto Salmaſii argumento hæc Theſis ponit, *Creditum dici quod mutuo datum eſt. At in nullo genere alienationis hæc vox audita eſt, ut credita res diceretur quæ eſſet alienata. Celſus ſcripſit, credendi generalem eſſe appellationem, atque ideo prætorem ſub hoc titulo, de pignore & de commodato edixiſſe,* leg. 1. D. de rebus creditis. *An commodatum & pignus alienationes ſunt?* Reſpondet Theſis: *præter generalem credendi appellationem eſſe aliam ſpecialem, pro mutuum dare, & in creditum ire, Græce* δανείζειν, *quo credendi actu rei alienatio inducitur.* Hoc non eſt reſpondere, ſed τὸ ἐν ἀρχῇ repetere. Obiecit Salmaſius, in nullo aliena-
tionis

tionis genere verbum *credendi* reperiri pro tradere id quod ſit alienandum. Dationes omnes quibus verbũ *credendi* convenit, longe ab alienationibus abeſſe. Hic reponit, ſpecialẽ eſſe aliquã credendi appellationem quæ alienationem inducit, ut in mutuo. Atqui de hoc quæſtio eſt. Et negamus, vel in hac credendi ſpecie quæ per mutui dationem celebratur, alienationem induci, aut obligationem rei ſic creditæ naſci ex alienatorio contractu. Oſtendat in aliquo alienationis actu, vel contractu, de quo controverſia non ſit, *credendi* appellationẽ locũ habere. Quid eſt *credere*? Iuriſconſultus ipſe docet. *Cuicumque rei adſentiamur alienam fidem ſequuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur.* Neget egregius profeſſor, hanc definitionem *credendi*, & generalem appellationem, convenire mutuo. Nonne in eo ſic credimus, ut fidem alienam ſequuti ex eo contractu aliquid recipiamus? Nempe id quod credidimus, ſi non in ſpecie, certe in genere. Proferatur aliquod alienationis genus, de quo non dubitetur an ſit alienatio, in quo recipiatur quod datum fuerit, & ſic creditum dici queat alienæ fidei quod poſtea recuperemus.

AD XXII.

Quartum argumentum Salmaſii. *Qui mutuum accipit debitor dicitur: ſi autem debet qui accepit, non id abalienatum eſt ab eo qui dedit. Scribit enim Vlpianus in leg.* XLIX. D. de V. S. *in bonis noſtris computari, non ſolum quæ dominii noſtri ſunt, ſed etiam iiſdem adnumerari actiones, petitiones, & perſecutiones.* Reſpondet Theſis diſpunctor, *Suum eſſe, & ſibi deberi, diſerte ſibi invicem opponi* in leg. XXVII. & leg. XXXIV. D. de auro argento legato. Hæc iam ſupra refutata ſunt, & leges illæ explicatæ. Sed quod hic ait, *ſuum eſſe*, & *ſibi deberi*, invicem opponi, ipſe Ulpianus id refellit, & pro regula Iuris ponit; *ſuum eſſe*, & *ſibi deberi*, idem omnino eſſe intelligendum. CCXIII. *Aes ſuum eſt quod alii nobis debent.* Quæ lex ſumpta eſt ex libro I. Regularum. An poteſt apertius demonſtrari, *ſuum eſſe*, & *quod debetur nobis*, nihil omnino differre? Quo magis id credatur, ibidem ſcribit, *æs alienum eſſe quod nos aliis debemus.* Ergo inde neceſſario conſequitur, quod etiam ſubiicit, *ſuum eſſe, quod alii nobis debent.* Si ſuum non eſt, quod debetur illi cui debetur, cuius ergo eſt? An eius qui debet? Huius

eſſe

eſſe non poteſt dici. Ergo illius eſt, cui debetur, & ſuum eſt illi. Cur igitur cum vir omne argentum quod ſuum eſt, uxori legavit, *ſui* nomine non intelligitur quod in nominibus debetur? Eiuſdem in bonis computatur argentum quod in arca eſt poſitum, & quod in nominibus debitum eſt. Differunt tamen hæc inter ſe non minimum; & cum utrumque genus bonorum lata ſignificatione *ſuum ſit* ac dicatur illi in cuius numeratur bonis, ſtricte magis & proprie *ſuum eſt* cuique quod in arca conditum, vel in ſacculo clauſum poſſidet, quam quod habet in nominibus. Si quis univerſa bona ſua teſtamento alicui relinqueret, & argentum ſuum omne vel omnem ſuam pecuniam cum reliquis bonis ſe relinquere dixiſſet, an cuiquam dubium eſt, quin & argentum in nominibus debitum hæredi univerſorum bonorum defuncti deberetur? Certiſſima eſt quippe Iuris regula, *ſuum eſſe quod nobis debetur*. At cum quod ſuum eſt aliquis legavit argentum, tum ſtrictiori notione, quod teſtator tempore mortis in ſuo Iure habet, & in arca poſitum poſſidet, legatum intelligitur. Cicero in Topicis, ubi argumenti meminit à differentia ducti, hoc exemplum alle-

allegat. Multum enim differre, in arcane poſitum ſit argentum, an *tabulis debeatur.* Ut multum differat, eiuſdem tamẽ eſt domini. Ut fundi & res quæ põdere, numero ac menſura continentur, item mancipia, plurimum inter ſe diſtant, in eiuſdem tamen domini bonis omnia numerantur, ut & actiones & petitiones perſecutioneſque, quamvis à rebus ipſis multum diverſæ ſint. Boëthius ad illum Ciceronis locum quæ vulgo habet, ea in editis corruptiſſima ſunt, ſic emendanda: *In arca vero poſita pecunia, & in nominibus debita, non ſunt argenti vel pecuniæ ſpecies, ſed differentiæ. Nam argenti ſpecies, ſignatum, aut nõ ſignatum eſſe, non differentiæ ſunt. Qualitas vero pecuniæ in poſſeſſione poſitæ, vel non poſitæ: ſuæ, vel non modis omnibus alienæ, in his differentiis conſtat, ut ſua ſit in arca poſita, reliqua in nominibus debeatur.* Vocat in poſſeſſione poſitam quæ in arca poſſidetur, quam & ſuam proprie dicit eſſe, & diſtinguit ab ea quæ in poſſeſſione poſita non eſt, quæ in nominibus debita eſt, & quam dicit non omnibus modis alienam eſſe. Adeo vero aliena non eſt, ut Iuriſconſultis *ſua* eſſe creditori dicatur, & *aliena* debitori. Pergit edecumatus Iuris profeſſor: *Quod autem ſcribit Vlpianus in di-*

ēta lege XLIX, *æque bonis adnumerari ſi quid eſt in actionibus; fictio eſt non veritas.* Si diceret ibi Vlpianus fictionem hoc eſſe, non veritatem, crederem. Sed cur ego credam novitiis Doctoribus, cum contra communem ſenſum & legum auctoritatem loquuntur? Quis unquam audivit, fictionem eſſe aut ius imaginarium quod in actione quis repoſitum habet ad rem ſuam perſequendam iudicio & repetendam? An leges quas ad hoc citat id evincunt quod vult? Prima eſt lex XV. D. de R.I. *Is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipſam rem habere videtur.* An fictionem autumant quod hoc dicitur, *videri* rem ipſam habere, qui actionem habet ad rem recuperandam? Peream ſi ſciat quid ſit fictio. Ficta res & quæ in rerum natura non eſt, opponitur rei veræ & quæ exiſtit. Pomum pictum in tabula, vel fictum ex cera, naturali & vero opponitur. Fictio eſt quod fingit poëta fuiſſe, cum non fuerit. Res geſta à tali fictione multum differt. Habent & ſuas fictiones Iuriſconſulti, ſive Ius ipſum potius, cum fingitur nimirum id quod in veritate non eſt. Vt in poſtliminio, cum captus ab hoſtibus, redux in patriam nunquam à civitate abſuiſſe fingebatur.

Fuit

Fuit & Corneliæ legis fictio de captivo apud hoſtes mortuo,qui fingebatur in civitate mortem obiiſſe. Fictiones etiam ſunt imaginariæ venditionum,quarum eſt mẽtio in leg.xvi.D.de R.I.ubi *imaginaria non eſſe* dicitur *vẽditio, quæ ſit pretio accedente*. Cum enim pretium accepit, non ficta nec imaginaria eſt venditio, ſed vera. Item *imaginarii contractus* leg. LIV. D. de obligationibus. *Contractus*,inquit, *imaginarii etiam in emptionibus, Iuris vinculum non habent, cum fides facti ſimulatur non intercedente veritate.* Græci vocant εἰκονικά, quæ ſimulate fiunt & per fictionem, non in veritate. Inde εἰκονικὴ ἀποχὴ in epigrammate Græco, falſa apocha, de pragmatico & pictore contendentibus uter velocius pingeret, dum pictor colores terit, pragmaticus iam ſcripſerat, non εἰκόνα, ſed εἰκονικὴν ἀποχήν, falſam nempe apocham. Per hoc indicat, falſarium egregium fuiſſe illum pragmaticum Phædrum. In ſcena, ubi omnia ficta ſunt, cum numeratio facienda eſt, per lupinos fit, non per veros nummos, eſtq; imaginaria ea ſolutio, & εἰκονική. An quod in actionibus eſt fictio ſimiliter putari debet nõ veritas, ut placuit noſtro profeſſori? Quid eſt Iuris evertere principia ſi hoc non eſt?

M Si

Si Salmaſius tale quid dixiſſet, quam merito vapularet? Mitto Iuris principia, nec in ea impingere illos dixero qui hæc ſcribunt, ſed plane contra communis ſenſus intelligentiam loqui. Ergo obligationes omne genus quacunque ex cauſa contrahantur, omnes in Iure perſecutiones, petitiones, vindicationes, condictiones, fictiones erūt? Dixit Iuriſcōſultus lege quā paulo ante adduximus, contractus imaginarios Iuris vinculum non habere, id eſt, nullam obligationem nec actionem parere, quia veritas in illis non intercedat, ſed ſimulata fides facti. Si verum eſt quod hæc Theſis ponit, omnes omnino contractus erunt imaginarii, quia fictio eſt, non veritas ſi quid eſt in actionibus. Ex contractu naſcitur obligatio, ex obligatione actio. Actio ipſa fictio eſt, & totus ergo contractus ficticius, & imaginarius, propter quem & ex quo actio datur. Si actiones fictiones ſunt, idem etiam futuræ ſunt exceptiones. Nihil non in Iure ſic fictum fuerit aut falſum. Sed unde didicerunt aut hauſerunt, quod eſt in actione fictionem eſſe, non veritatem? An quod in lege xv. D. de R. I. verbum *videtur* poſitum eſt? *Is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipſam rem habere videtur.* Mul-

Multa certe videntur quæ non ſunt: Sed plurima etiam ut ſunt;ita & videntur eſſe. Verum eo ſenſu ibi Iuriſconſultus non dixit, *videri rem ipſam habere qui haberet actionem*, quaſi per viſionem nocturnam, per ſomnium & fictionem animi; non in veritate; rem haberet cui actio competeret ad rem recipiendam. Si *quod videtur* fictio eſt, quod *non videtur* veritas erit. In lege quæ hanc præcedit D. eodem, ita ſcribitur: *Non videtur cepiſſe qui per exceptionem à petitione removetur.* Quomodo hæc intelligemus? Si quod non videtur veritas eſt, ut eſt fictio quod videtur, qui per exceptionem à petitione removetur, revera capiet quod petit, quia non videtur cepiſſe. Nam ſi videretur cepiſſe, non in veritate caperet, ſed per fictionem: leg. CLV. D. eodem, *Non videtur vim facere qui ſuo Iure utitur, & ordinaria actione experitur.* Ergo vim facit, quia non videtur facere. Item leg. LV. eodem. *Nullus videtur dolo facere qui Iure ſuo utitur.* Dolo igitur facit, quia non videtur facere. Sexcenta ſunt talia in Iure, & præcipue in illis duobus Titulis DD. de verborum ſignificatione & de Regulis Iuris, ſic expoſita, quæ ſi ita accipiantur ut placet huic Iuris doctori, totum Ius

pervertent. Quis non videt, verbum *videri* in his accipi, pro *exiſtimari*, *cenſeri*, *intelligi*, atque etiam *credi*? Vt leg. LX. D. eodem: *Semper qui non prohibet pro ſe interuenire, mandare creditur.* Si *videtur* dixiſſet pro *creditur*, non aliud intelligeretur. Pro eodem ſæpe etiam dicunt *intellitur*, ut leg. LXXX. eodem. *Nulla intelligitur ibi mora fieri, ubi nulla petitio eſt.* An aliud poſſet intelligi ſi ſcriptum fuiſſet, *nulla videtur ibi mora fieri, ubi nulla petitio eſt*? Cum igitur dixit lex, *eum qui actionem habet ad rem recuperandam, videri rem ipſam habere*, non aliud voluit, quam intelligi, & credi cenſerique, rem ipſam habere, qui actionem habet ad eam recipiendam. Ubi igitur illa fictio quam veritati opponit præclarus profeſſor, dum hanc ineſſe negat actioni, illam vero ineſſe? Vtrum in ipſa actione eſt, hoc eſt, agendi facultate, quã dat prætor ad rem recuperandam, an in re ipſa quæ petitur? Actio aliquid eſt in actu poſitum, ac verum, cum ius ſit perſequendi iudicio quod ſibi debetur. Res ipſa quæ actione repetitur, non poteſt dici fictio. Non etiam igitur actio quæ intenditur ad rem ipſam perſequendam. Quod ad legem attinet CLIV. D. de R. I., in ea quidem ſcribitur,

tur, *minus eſſe actionem habere quam rem*, ſed non pugnat cum illa altera, quæ ait, *rem ipſam habere videri qui actionem habet.* Vt videatur rem ipſam habere qui actionem habet, minus tamen eſt habere actionem quam rem. Non nihil eſt tamen actionem habere, & longe plus eſt quam nihil. Nam per actionem res ipſa recuperatur. Et ideo qui eam habet, rem ipſam habere creditur & videtur, & intelligitur. Faſſus eſt ſupra noſter Theſiologus, non amittere pecuniam qui habet condictionem, id eſt, actionem adverſus debitorem, Theſi VII huius ſecundæ diſputationis. Ergo rem ipſam videtur habere qui actionem habet, quia actio prohibet ne rem amittat. Ideo actiones in bonis etiam numerantur eorum qui eas habent, haud multo ſecus quam ſi res ipſas haberent. Lex XLIX. D. de V. S. *Nam & hæc in bonis eſſe videntur.* Verbum *videri* quod in hac lege ſubiicitur, eſſe πλασικὸν dicunt. Quod eſt ridiculum. Ipſa lex tota lecta clare teſtatur, ibi verbum *videri* nullam πλάσιν continere. Sic enim ſcribit: *In bonis noſtris computari ſciendum eſt, non ſolum quæ dominii noſtri ſunt, ſed & ſi bona fide à nobis poſſidentur.* Deinde ſubiicit protinus, *æque bonis anumerabitur, etiam ſi*

quid eſt in actionibus, petitionibus, perſequutionibus. In bonis noſtris omnino eſſe dicit quæ dominii noſtri ſunt. Deinde addit, æque bonis noſtris adnumerari, etiam ſi quid eſt in actionibus. & rationem ſubiungit: *Nam hæc omnia in bonis eſſe videntur.* Videri in bonis eſſe ait; quæ æque bonis noſtris adnumerari affirmavit, atque illa quæ omnino in bonis noſtris computari debere, ex certa ſcientia pronuntiavit. Notavimus ſupra, verbum *videre* ſæpe à Iuriſconſultis uſurpari in rebus ac ſententiis exprimendis de quibus indubitanter adfirmant ita eſſe, dum *eſſe videtur* ponunt pro *eſt*. Quod genus loquendi ita tum pervulgatũ fuit, ut etiam ad Græcos tranſiret ἰδιωτικῷ ſermone utentes. Vt apud Paulum I. ad Corinthios cap. XI. εἴ τις δοκεῖ φιλόνεικος εἶναι, *ſi quis videtur contentioſus eſſe*, pro *ſi quis eſt contentioſus*. Item apud Matthæum III. verſ. IX. καὶ μὴ δόξητε λέγειν ἐν ἑαυτοῖς, *& ne videamini loqui in vobis ipſis*, pro καὶ μὴ λέγητε. Item apud eundem Paulum, cap. II. verſ. VI. ἀπὸ τῶν δοκούντων εἶναί τι, *ab his qui videbantur eſſe aliquid*. Id eſt, qui aliquid erant. Nam de Apoſtolis primariis loquitur. Apud antiquos quoque Græcos ſæpe νομίζειν, & δοκεῖν non de re dubia, ſed certa,

&

& minime controverſa dicitur, ut recte hic notavit dominus profeſſor. Sed in omnibus legibus quas allegat, ut oſtendat, τὸ *videri* eſſe πλαςικὸν, & fictionem habere, certum eſt, nullam earum ita debere intelligi. *Naturaliter poſſidere videtur is qui uſumfructum habet*, leg. XII. D. de acquirenda poſſeſſione. Id eſt, poſſidere creditur, cenſetur, intelligitur. *Res ex dotali pecunia comparatæ, dotales videntur.* Leg. LIV. D. de iure dotium. Non eſt fictio quæ opponatur veritati, ſed pro dotalibus haberi ſignificat res eas quæ ex dotali pecunia comparantur.

Ovidius in Epiſtola:

Dos tibi Lemnus erit terra invidioſa colenti,
Me quoque dotales inter habere potes.

Sic enim legendus ille locus, vulgo valde in editionibus vitioſus. Inter res dotales habentur, & videntur tales, quæ ex pecunia dotali comparatæ ſunt. *Donari videtur quod nullo iure cogente conceditur.* Nihil hic πλαςικὸν eſt, quod à veritate liceat diſtinguere. *Nemo idoneus alienæ rei expromiſſor videtur, niſi ſit cũ ſatiſdatione.* Leg. CX. de R. I. id eſt, nemo cẽſetur, nemo creditur, nemo intelligitur, nemo eſt. Itẽ leg. LII. eod. *Non videtur defendere, non tantũ qui latitat, ſed & is qui præſens negat ſe defendere,*

aut non vult ſuſcipere actionem. Vere quippe non ſe defendit, qui ſic videtur non ſe defendere. Sexcenta talia ſunt, immo numero carentia quæ ita debent in iure exponi, non ut vulgo doctores ea interpretantur. Teneamus igitur hoc pro vero, quod in actione aliquis habet, æque bonis eius adnumerari, quam quod revera poſſidet iure dominii naturalis ac civilis, ut diſerte habetur in leg. XLIX. D. de V. S. Quod autem, *quod ſuum eſt*, aliquando ſeparatur ab eo quod in actione habetur, non minus tamen & quod in actionibus quis habet, & *ſuum illi* dicitur generali ſignificatione. Vnde & *ſuum recipere, conſequi, recuperare, ad ſuum pervenire, ſuum recuperare*, paſſim in Iure ille dicitur, qui quod ipſi debetur, recipit. In Euangelio quoque, ſuum ſe dominus recipere dicit qui quod ſibi debitum eſt recuperat, apud Matthæum cap. XXV. *καὶ ἐλθὼν ἐγὼ τὸ ἐμὸν ἂν ἐκομισάμην σὺν τόκῳ, Et veniens ego recepiſſem meum cum fœnore.* Adeo autem ſuum eſt cuique quod illi debetur, ut non plus habere cenſeatur qui actionem habet, id eſt, nomen, quam qui rem ipſam. Vnde *ſi debitor creditori ſuo quod debet legaverit, inutile eſt legatum, ſi nihil plus eſt in legato quam in debito,*

quia

quia nihil amplius per legatum habet, ut eſt in Inſtitutis Tit. de Legatis. *Quodſi*, ut ibidem ſubiicitur, *in diem vel ſub conditione debitum ei pure legaverit*, *utile eſt legatum propter repræſentationem*. Hæc ratio èſt, cur ſtricta ſignificatione quod ſuum eſt, aliquãdo diſtinguatur ab eo quod ſibi debetur, quod tamen etiam ſuum eſt. Qui enim legat quod ſuum eſt argentum, id tantum legare videtur, quod in prǽſenti poſſidet, & in arca poſitũ habet, non quod in diem ipſi debetur. Id etiam tamen ſuum eſt, cum tempus venerit ſolutionis. Certe, qui debet, non habet *ſuum* quod debet, neque lata neque ſtricta, & nulla omnino ſignificatione. Non ergo acquiſiit, id eſt, bonis ſuis adiecit, qui debet hoc ipſum quod debet. Si non id acquiſivit, nõ ab eo alienatum cenſetur qui illud dedit. Et ſic quintum Salmaſii argumentum manet inconfutabile.

AD XXIII.

Non hic quicquam habetur, quo nos magnopere lædamur, aut quod confutari mereatur, aut quod proprie pertineat ad quæſtionem de Mutuo, an ſit alienatio. Quædam tamen animadvertenda in hac Theſi videntur, quæ faciunt ad diffe-

rentiam *ſui* & *debiti*. Ex eo quod dixit ſuperiore Theſi, *Suum eſſe, & ſibi deberi*, ſibi invicem opponi, recte quoſdam inferre ait, definitionē actionis traditam à Iuſtiniano in libro I. Inſtitutorum Tit. de actionibus, *eſſe ius perſequendi in iudicio quod ſibi debetur*, anguſtiorem eſſe ſuo definito, quandoquidem non recipit actionem in rem, qua non perſequimur quod nobis debetur, ſed quod noſtrum eſt. Primo obſervandum eſt, definitionem illam Actionis non eſſe Iuſtiniani, vel Triboniani, ſed Celſi, ut in leg. LI. D. de Obligationibus. *Nihil aliud eſt actio quam ius, quod ſibi debeatur, iudicio perſequendi.* Ille *quidam* deinde, qui infert ex differentia *ſui*, & *quod ſibi debetur*, definitionem hanc ſuo definito anguſtiorem videri, Hotomannus eſt, Obſervationum lib. III. cap. XVII. Vt plena eſſet definitio, addendum putabat, *quod ſibi debetur, ſuum ve eſt*. Nam quod ſuum cuiuſque eſt, ad obligationes & perſonales actiones nō pertinere. Ego vero ne id quidem quod *ſuum* proprie cuique eſt, ad actiones in rem pertinere dixerim, cum id in noſtra poteſtate ac manu habeamus. Et recta & facienda omnino illa videretur ad definitionem actionis additio, ſi quod ſuum eſt, id tantam

tum ſignificaret quod actione in rem repetitur. Sed quam ridiculum foret, actionem definire ius eſſe perſequendi iudicio quod ſuum eſt, cui ſuum in arca poſitum, vel in ſacco, vel in marſupio, & crumena? Ita proprie *ſuum quod eſt* diſtinguitur ab eo quod eſt *in actione*, ut apparet ex Cicerone in Topicis. *A differentia. Non ſi uxori vir legavit omne argentum quod ſuum eſſet, idcirco quæ in nominibus fuerunt legata ſunt. Multum enim differt in arcane poſitum ſit argentum, an in tabulis debeatur.* Vides, cum dicitur, *quod ſuum eſt* argentum, de eo quod in arca iacet intelligi, & diſtingui ab eo quod debetur. In lege xxxiv. D. de auro argento legato, ſimiliter *quod ſuum eſt* aurum, ſeparatur ab eo quod in actione habetur: *Id enim quod ſuum eſſet, non quod in actione haberet, legavit.* Thema legis ibi propoſitum ex Quinto Mucio, qui ſcripſerat, *ſi aurum ſuum omne paterfamilias uxori ſuæ legaſſet, id aurum quod aurifici faciundum dediſſet, ſi ab aurifice id ei repenſum non eſſet, aut quid ei deberetur, mulieri non debetur.* De eo quod deberetur, nulla fuit controverſia quin non deberetur uxori, legato *auri ſui*. De eo quod aurifici datum eſſet faciundum, diſtinguit Pomponius. Nam ſi aurum dediſ-

dediſſet paterfamilias, ut ex eo auro aliquid ſibi faceret, licet apud aurificem eſſet, dominum tamen non mutaſſe, & *ſui* nomine eſſe intelligendum. Quia manet eius qui dedit, & operæ pro eo faciundo pretium tantum debet, ad uxorem nomine *ſui* debet tranſire. Si aurum ſic dedit aurifici, ut non ex eo auro faceret aliquid, ſed ex alio, tunc fit accipientis aurificis, ac pecunia mutuo data mutuatarii, & condictioni locus eſt ad repetendum, & in actione habetur, non *ſui* nomine intelligitur, nec uxori debetur. In lege xxiv. D. eodem, ideo quod debetur in nominibus, & in credito eſt, *ſuum non videri* dicit Iuriſconſultus, quia vindicari non poteſt. Age ſit etiam ſuum quod actione in rem vindicari poteſt, cum & ſuum magis proprie ſit, quod in arca poſitum quis habet, non poteſt hoc addi ad definitionem actionis, quia nulla actione in rem opus eſt, ut vindicet aliquis quod ipſe poſſidet, & quaſi manu ſua tenet. Quin latiſſima ſignificatione *quod debetur* etiā ad ea quæ vindicari poſſunt extendatur, non eſt dubitandum. Id clare quoque teſtatur, lex clxxviii. π. ult. D. de V. S. *Hoc verbum debuit, omnes omnino actiones comprehendere intelligitur, ſi-*

ve

ve civilis, ſive honoraria, ſive fideicommiſſi fuit perſecutio. Quid autem hic ait noſter profeſſor, quod nec res commodata, nec depoſita, nec locata proprie deberi dicatur? Ergo nec etiam credi. Et tamen prætor ſub titulo *credendi*, & de commodato, & de pignore etiam edixit. Si creditur pignus, etiam debetur. Hæc enim relata ſunt. Vbi *credendi* verbum intelligitur, ibi etiam & *debendi* neceſſe eſt intelligi. Vlpianus idem leg. x. D. eodem. *Creditores accipiendos eſſe conſtat eos, quibus debetur ex quacunque actione, vel perſecutione, vel iure civili, ſine ulla exceptionis perpetuæ remotione, vel honorario, ſive extraordinario, ſive pure, ſive in diem, vel ſub conditione.* Lege ſequenti ibidem Caius ait, *creditorum* appellatione non eos tantum accipi qui pecuniam crediderunt, *ſed omnes quibus ex qualibet cauſa debetur:* & nominatim addit, *ſi cui ex empto vel ex locato vel ex alio ullo debetur*, creditoris loco eſſe. Nempe ex commodato, depoſito & quocunque alio titulo. Qui creditoris loco eſt, habet debitorem ex oppoſito. Non enim alterum ſine altero. Vt nec pater ſine filio, nec filius ſine patre: ita non creditor ſine debitore, nec debitor ſine creditore. Vnde & lege CVIII. D. eodẽ *debitor is intelligitur à quo*

invito

invito exigi: pecunia poteſt. Id eſt, quæcunque res vel quodcunque corpus. Hæc enim *pecuniæ* ſignificatio eſt leg. CLXXVIII. eodem. *Non perſequimur*, inquit doctor Theſicus, *actione in rem quod nobis debetur, ſed quod noſtrum eſt.* At laxa notione etiam *noſtrum* cenſetur ac dicitur quod nobis debetur, & in bonis etiam noſtris æque computatur atque illa quæ iuris noſtri ſunt ac dominii. An noſtrum non eſt quod depoſuimus, & cõmodavimus? An non etiam nobis debetur? Debetur, inquit, ex obligatione. leg. I. in fine D. de rebus creditis. An negare poſſunt, depoſitum, commodatum, locatum, eſſe obligationes? Cur igitur negant deberi rem depoſitam, locatam & commodatam? Et noſtrum igitur eſt, atque etiam debetur, quod ex cauſa commodati, locati, & depoſiti perſequi & exigere poſſumus. Sic lata ſignificatione quod debetur nobis noſtrum eſt, & quod noſtrum ex quacunque cauſa ab alio detinetur, nobis debetur. Plena igitur & perfecta eſt definitio actionis qua ius eſſe perſequẽdi dicitur in iudicio quod ſibi debetur. *Perſecutio* primum tam in rem quam in perſonam appellatur, quę fit rei perſequendæ in iudicio gratia. Ex leg. XVIII. D. de Ob-

Obligationibus. Quod *in iudicio* additur, id æque locũ habet in actionibus in rem, quam in perſonam. Nam & vindicatio dabatur à prætore; & actio erat ordinaria qua dominus rem ſuam in poſſeſſione apud alium poſitam vindicabat. Qui eam poſſidebat, etiam debitoris loco habebatur, ut ille qui repetebat; creditoris, ut conſtat ex leg. x. & xi. D. de V.S. Interdum & res quæ ſua ſibi erat, actione in perſonam repetebatur, id eſt, condictione, ut pecunia ex cauſa depoſiti, ſi eam abuſus eſſet ille apud quem depoſita fuerat. Eiuſdem rei perſequendæ gratia plerumque & duæ actiones competebant, vindicatio in rem, & condictio, ut adverſus furem. Nulla contrahebatur obligatio inter pupillum, & alium qui ab eo mutuum accipiebat, depoſitum ſuſcipiebat, & commodatum ſumebat, nihilominus tamen debitor quodammodo cenſebatur qui quacunque ex cauſa reddere ei tenebatur quod acceperat, & ipſe creditoris loco erat. Et fallitur omnino qui negat ex uſu Iuris defendi poſſe, poſſeſſorem rei noſtræ obligari ad reſtituendum quod male poſſidet. Oppono legem CIV. D. de V. S. quæ dicit, debitorem intelligi eũ à quo invito *exigi pecunia*

nia poteſt. Id eſt, quæcunque res. Etiam veterum Romanorum loquutiones vulgares furem obligari ad reſtituendum teſtantur, quæ dicunt, *furti ſe obligare*, qui rem aliquam ſurripuerat. Vt apud Terentium in Eunucho, *Audin' tu? hic furti ſe alligat.* Quod idem eſt atque obligat: Pro quo dixit Plautus eodem ſenſu in Pœnulo, *Homo furti ſe adſtringet.* Id eſt, ſe furti reum faciet. Nam quid eſt obligatus, niſi adſtrictus & obnoxius ad aliquid reddendum? Inde *obligatio* Iuriſconſultis *iuris vinculum* exponitur. Inde *obligare furti aliquem*, quod Plauto alligare, *obligare ſcelere, obligare fraude, obligare militiæ ſacramento, obligare religione* apud Ciceronem, & alios optimos Latinitatis auctores. Non verius eſt quod in fine Theſis adiectum eſt, *id proprie deberi quod alicuius necdum eſt factum.* Certe in lege quæ ad hoc firmandum citatur, XXXIV. D. de auro argento legato, quod debetur ex ſtipulatu non prius fit ſtipulantis quam ſolutum ſit. Ideo paterfamilias qui aurum ſuum legavit uxori, non *ſui* nomine deberi legatum cenſetur uxori quod ex ſtipulatu Teſtatori debetur. Nam eius nondum eſt factum, & *ſui* appellatione non poteſt venire. Qui vero decem dedit,

dit, ut ſibi decem debeantur, ſicut ſolet in Mutuo, de eo non poteſt dici necdum eius factum eſſe quod debetur, quia obligatio ea contracta eſt ex re quam dedit ipſe, non quam ſibi dari ſtipulatus eſt. Idem de omnibus obligationibus dicendum quæ re contrahuntur. Qui indebitū ſolvit, hoc ei debetur, quod perperam ſolvit. Et nulla ratione adfirmaretur, necdum eius factum eſſe quod ipſi debetur. Qui depoſita pecunia uti permiſit ſuſcipienti, ex cauſa depoſiti obligatum ſibi habet ac debitorem eum cui pecuniam ſuam commendavit. An dixeris, nondum eſſe ſuam factam quæ ſic illi debetur? Immo debitorem conſtituit ſibi accipientem, rei datione, non promiſſione. Ideoque eam reddere tenetur, non ut ille qui promiſit ex ſtipulatu, dare. Vt rem ipſam ſive ſpeciē faciat accipientis, ipſius tamen quantitatis dominium apud eum manet. Ea ipſi debetur, quia retinuit eius proprietatem, uſu ad tempus conceſſo. Verum quidem eſt, non ſicut *ſui* nomine generaliter ſumpto continetur debitum, ita & *debiti* ſuum. Nihilominus tamen *ſuum* eſſe definierunt Iuriſconſulti quod nobis debetur. Quod non etiam de omni debito intellexerunt, ſed de eo quod

debetur ex cauſa mutui. Idque apparet ex eo quod *æs alienum* ibidem dici affirmant quod aliis debemus. Proprie autem *æs alienum* dicitur quod in credito eſt. Ergo & *ſuum* quod illi opponitur de pecunia mutuo data dicitur, quod nimirum nobis debetur. Inde & illæ loquutiones in iure frequentes, *ſuum conſequi*, *recipere*, *recuperare*, non de alio debito accipiendæ quam quod ex crediti cauſa, ſive mutui, debetur.

AD XXIV.

Septima Salmaſii obiectio hæc fuit contra Mutui alienationem: *Quod utendum datur, non alienatur. At pecunia in mutuo utenda datur*, leg. VIII. D. in quibus cauſis pignus tacite contrahatur. *Ergo mutuum non eſt alienatio.* Reſpondet ad maiorem doctor iuris excellentiſſimus; *Quod utendum datur, ut in commodato, vel locatione, vel pignore antichreſtico, non alienatur: quod vero in mutuo, alienatur.* Atqui hoc ipſum eſt quod negatur. Quod in quæſtione eſt, ſumit ad decidendam quæſtionem, & ad infirmandam certiſſimam propoſitionem. Quid enim tam in iure certum quam quod utendum datur, id non alienari? Inde etiam poëtæ *mancipa-*

cipationem, id eſt, alienationem, & uſum diſtinguunt.

Vitaque mancipio nulli datur, omnibus uſu.

Vbi *mancipium*, eſt mancipatio, id eſt, alienatio, vel traditio mancipii nexu, ut *navigium* pro navigatione ſumitur apud Iuriſconſultum. At uſus ille qui ibi diſtinguitur à mancipio, non eſt uſus locationis, vel commodati, vel pignoris antichreſtici, ſed mutui. Vnde alius poëta:

Vita data eſt utenda, data eſt ſine tempore nobis.

Id eſt, non præſtituto tempore. Quæ autem ratio eſt, ut in antichreſtico pignore, non alienetur quod utendum eſt datũ, in mutuo videatur alienari? Mutuum eſt χρῆσις: antichreſticum pignus, ἀντίχρησις. Vſus antichreſtici pignoris conceditur pro uſu pecuniæ creditæ. Fructus illius compenſant iſtius uſuras. Pecuniæ quantitas quæ utenda datur reſpondet fundo cuius uſus contra creditur. Vt fundus ipſe non alienatur cuius uſus conceditur, ita nec pecuniæ ſumma cuius uſus permittitur. Hæc quantitas quaſi proprietas eſt pecuniæ quæ non alienatur, quia eadem reddi debet. Vſus

eius datur: quo uſu ſpecies mutuo data conſumitur, ipſius quantitatis dominio penes eum manente qui rem dedit utendam, quia & eam recipere debet. Do tibi decem utenda: nummi ipſi utendo conſumuntur apud accipientem, ipſa decem domini manent. Depoſitæ pecuniæ etiam uſus ſæpe permittitur, nec depoſitum tamen alienatio eſt. Rationem addit doctor, cur quod utendum datum eſt in mutuo alienatum videatur, *quia eius recuperandi gratia vindicatio competere non poteſt.* Sane nec rei furtivæ datur vindicatio contra furem, ſi eam conſumpſit, & non extet. Nemo tamen dixerit rem ſurreptam furto alienari. Competit & pro ea condictio, quæ vetat rem furtivam amitti, quamvis à fure conſumpta ſit. Sed ipſe noſter profeſſor ſupra nos docuit, in hac diſputatione Theſi VI, *non amittere pecuniam creditorem, qui habet condictionem adverſus debitorem.* Certe qui non amittit, nec alienat. An, qui rem vere & perfecte alienavit, habet condictionem adverſus eum, cui eam alienantis animo & alienandi cauſa tradiderat, ad eam repetendam? An alii competit condictio quam domino? Ne probare quidem ſe dominum eſſe neceſſe habet

bet qui condicit, cum hæc probatio incumbat vindicanti, ut ſupra oſtendimus. Ad minorem reſpondere ſe dicit acutiſſimus profeſſor, *pecuniā in mutuo non tam utendam dari quam abutendam*. Hæc iam ſupra abundé refutata ſunt. Hoc ſumma chorda & ima reſonat apud doctores. Pecuniæ non uſum eſſe, ſed abuſum. Immo uſus eſt, qui in abuſu, id eſt, conſumptione conſiſtit. Quid enim eſt *abuſus* hoc ſenſu? Idem omnino quod conſumptio; & *abuti* quod conſumere. Quis unquam audivit dici aut legiat, pecuniam in mutuo, aut alias res, quæ pondere, numero, & menſura conſtant, conſumendas alicui dari, vel abutendas? Ipſe ille Boëtius quem hoc loco citant, ut probent abuſum eſſe earum rerum quæ utendo conſumuntur, uſum earum vindicat. Sic enim ſcribit: *Vtimur iis quæ nobis utentibus pereunt. Eas autem abutimur, quæ nobis utentibus pereunt.* De utriſque pariter dixit; *nobis utentibus*. Enimvero omnium rerum quarum uſus eſt, duo genera ſunt: aut utendo conſumuntur, aut non conſumuntur. Conſumuntur uſu, quæ pondere, numero ac menſura continentur. In his conſiſtit mutuum. Nec aliter conſtat mutuum, niſi ut par pro

pari reddatur. Hoc ut fiat, debet conſumi quod datum eſt, ut par reddatur. Ideo non eſt alienatio. In nulla enim alienatione par pro pari redditur. Ne in permutatione quidem id procedit. Non enim ſpecies ſpecie permutatur, ſed genus genere. In mutuo ſpecies pro ſpecie redditur, id eſt, idem genus. In permutatione genus pro genere, id eſt, diverſum genus. Ideo utrimque genus alienatur, quod in mutuo non alienari certum eſt, quia idem redditur. Mutuum autem non in ſpecie, ſed in genere conſiſtit, id eſt, in quantitate. Vſus fructus conſtitutus eſt Senatuſconſulto, etiam rerum quæ utendo abſumuntur: nec tamen abuſus ille dictus eſt pro uſu, ſed uſusfructus. Quod autem in fine Theſis, mutuum & quaſi uſumfructum hactenus volunt differre, quod mutuum quocunque tempore repeti poteſt, at æſtimatio rei fructuariæ, non niſi fructuario mortuo aut capite minuto, falſum eſt de omni mutuo, repeti poſſe quocunque tempore. Id de eo tantum verum eſt, quod nullo præſtituto tempore dabatur. Sed in eo cui præfiniebatur tempus, non competebat repetitio niſi finito tempore. De mutuo ſine

tem-

tempore dato inutile eſt legatum, cum debitor creditori ſuo quod debet legavit, ſi nihil plus ſit in legato quam in debito. Quod ſi in diem debitum pure legatum ſit, utile eſt legatum propter repræſentationem.

CONFUTATIO DISPUTATIONIS TERTIÆ DE MVTVO.

Qua adſtruitur eſſe Alienationem.

AD THESIN I.

ARMA ventilat hæc Theſis, & ſequentibus tantum proludit. Nec punctim ferit, nec cæſim. Videamus & ipſi quoque an reliquæ pugnaciores erunt, & in ſolvendis Salmaſii obiectionibus fortiores.

AD II.

Septimum Salmaſii fuit argumentum, quod ipſe Theſicus doctor ita propoſuit. *In nullo alienationis genere repetitur quod alienatum eſt. Qui aliquid donavit, qui vendidit, qui in iure ceſſit, repetere non poteſt. Omnis alienatio fit in perpetuum. Alia antiquis Iuriſconſultis alienatio non fuit cognita quam perpetua.*

tua. Repugnat notioni ac finitioni alienationis, ut aliqua ſit temporaria. Reſpondet Theſium præſes: *Omnem omnino alienationem non eſſe perpetuam liquere. ex* leg. LXVI. de Rei vindicatione. Priuſquam eam legem inſpiciamus, notandum eſt, in illa Salmaſii argumentatione, ſicut à doctore propoſita eſt, duas eſſe ſeparatas obiectiones. Prior fuit, in nullo genere alienationis repeti quod alienatum eſt. Huic non reſpondet diſputator, ſed poſteriori tantum, quæ ponit omnes alienationes fieri in perpetuum. Atqui hæc duo diverſa ſunt. In nulla alienatione repeti quod traditum eſt, & nullam alienationem eſſe temporalem. In mutuo quod præſtituto tempore datur, vel quod idem eſt, in diem creditur, utcunque videri queat locum habere alienatio temporaria quam ſibi imaginantur doctores. Sed in illa mutui datione cui nullum tempus præfixum eſt, cum eius repetitio à voluntate dantis pendeat, qui quocunque tempore libitum fuerit poteſt, quod dedit, repoſcere, nullũ plane locum habet illa temporalis vel in diem alienatio. Reſpondeat igitur clariſſimus profeſſor ad illam Salmaſii obiectionem, & in iure ſuo quærat, an in

 ullo

ullo genere alienationis repeti ius ſit quod alienatum eſt, id eſt, alienantis animo & alienandi cauſa alicui traditum. Dum quæret, quod non eſt inventurus, interim examinabimus eius reſpõſionem ad poſteriorem Salmaſii obiectionem de alienatione omni perpetua. Vt probaret aliquam eſſe temporalem, legem allegat LXVI. D. de Rei vindicatione, ubi dicit Paulus, *Non ideo minus recte noſtrum quid eſſe vindicabimus, quod abire à nobis dominium ſperatur, ſi conditio legati, vel libertatis extiterit.* Non dicit Paulus, alienatum id eum habere quod pendente conditione poſſidet, & in ſuo dominio habet. Interim poteſt ſuũ eſſe vindicare, dum cõditio exiſtat legati vel libertatis. Legatum ſub conditione datum poſſidet hæres, ac ſuo dominio vindicat, donec conditio extiterit, ſed quãdiu dominiũ ſperat à ſe abiturũ, non poteſt dicere id ſibi acquiſitum traditione, quod poteſt ab ipſo auferri, & quod eſt reſtituturus. leg. LXXI, *Non videtur quis capere quod erit reſtituturus, ſicut perveniſſe proprie illud dicitur quod eſt permanſurum.* Non ergo capere legatum dici poteſt ille, quod cõditione exiſtente reſtituturus eſt. Nec ad ſe id perveniſſe, quod non eſt permanſurum. Nam ut habetur in

in leg. CXXXIX. D. de R. I. *non videtur perfecte id eius eſſe quod ex caſu auferri poteſt.* Item leg. LI. D, eodem. *Non videtur quiſquam id capere quod ei neceſſe eſt alteri reſtituere.* Ad quam notant doctores, regulam iſtam intelligi, *quando quis ſtatim & in continenti tenetur alii reſtituere: ſecus videri ſi cum intervallo, ita quod in medio tempore haberet utilitatem. Quia iſtud interuſurium medii temporis conſideratur.* Quæ obſervatio nullius eſt momenti. Non enim hic agitur de interuſurio medii temporis, ſed de proprietate fundi, quam non capere videtur qui neceſſe habet eam alii reſtituere. Nec intereſt utrum intra breve tempus, an in diem longiorem reſtitutio debeat fieri. Nam eius quod ſtatim & incontinenti fit, nulla prorſus habenda ratio. Quod etiam citant legem CCV, ut confirment temporalem alienationē, ea contra potius facere videtur quam favere huic ſententiæ. *Plerumque fit*, inquit, *ut etiam ea, quæ à nobis abire poſſint, perinde in eo ſtatu ſint atque ſi non eſſent eius conditionis, ut abire poſſint.* Hoc in pleriſque evenire dicit, non in omnibus. Nec hoc adſtruit alienationem temporariam. Quæ à nobis abire poſſunt, interdum eo in ſtatu ſunt apud nos ac ſi abire non poſ-
ſent,

ſent, dum alienare ſcilicet ea poſſumus, vindicare, & ſervitutes fundo imponere. Hæc omnia facit emphyteuticarius, qui tamē proprietatem fundi non habet, nec ex alienatione acquiſitum poſſidet. Exemplum affertur in ea lege, de eo quod fiſco obligamus, idque nos interdum & vindicare & alienare poſſe, & ſervitutem prædio imponere. Aliud præterea eſt, de ea re quæ aut abire aut non abire poteſt, de qua incertum eſt an apud nos permanſura ſit, & de illa quam ad hoc damus, ut ſit ad nos reditura: immo quæ etiam illo tempore quo ea utitur is qui accepit, noſtra cenſetur, & aliena illi qui habet, ut fit in mutuo. Dominium quidem legati interim habet, & vindicat hæres quod ſperat à ſe abiturum, ſi conditio extiterit, ſed aliud eſt dominii tranſlatio & poſſeſſio, aliud ex alienationis cauſa dominii acquiſitio. Hæc nunquam aufertur, ut ſemel alienata eſt; dominium mutabile eſt. Non belle igitur nec vere argumentantur, ſi dominium quoddam eſt temporale, etiam alienationem aliquam eſſe temporalem neceſſe eſſe. Hoc dici poſſet, ſi dominium nullum eſſet ſine alienatione. Dominium dotis ad tempus naneiſcitur maritus, quæ tamen ab uxore non

non alienatur. Poteſt quidem fieri ut dos marito acquiratur, & apud eum remaneat mortua in matrimonio, uxore: nihiloſecius, dum ſpes eſt à marito eã abituram, dominium eius ſibi vindicat, non alienationem. Ferarum quas in venatu capimus vivas, dominium vindicamus, quæ abire poſſunt à nobis clauſtris refractis. Vt & aviũ quas cepimus, & caveis incluſas tenemus, quamdiu manent, dominiũ habemus: ſi evolaverint, perdimus, & poſſunt alterius capientis fieri. Non tamen ex eo probare aliquis poſſet, alienationem aliquam eſſe temporalem, quia dominium aliquod ſit temporale. Avium, ferarũ, & beſtiarũ, quas cepimus, naturale dominiũ acquirimus, atque etiam perdimus naturaliter, non ex ulla tamen alienationis cauſa id adipiſcimur, quæ tẽporaria inde argui queat, quod & dominiũ earum ſit temporale. *Conſtat præterea,* inquiunt, *ex cauſa legati rem alienari,* leg. VIII. D. de alienatione iudicii mutandi cauſa facta. *Atqui temporalia quoque legata valent,* leg. ult. Cod. de legatis. Addere debuit, id à Iuſtiniano inſtitutum contra veteris Iuris conſuetudinem & auctoritatem, quæ non admiſit talia legata, vel fideicommiſſa ad tempus. Quod idẽ imperator

tor in eadem lege fatetur, *illud quod de legatis vel fideicommiſſis, ut pote irritis, à legum conditoribus definitum eſt, emendare proſpeximus, ſancientes etiam, talem legatorum vel fideicommiſſorum ſpeciem valere, & firmitatem habere.* Perperam autem ex novo Iure argumentum contra rem veteris Iuris petitur. Sed age, quoniam iure Iuſtiniani utimur, videamus an hoc exemplo legatorum temporalium alienationem eſſe temporalem poſſit evinci. Ex cauſa legati res alienatur, certe etiam hæreditate eamdem alienari dicendum. Cum igitur illa tēporalia legata ac fideicommiſſa ad hæredem reverti debeant poſt tempus præſcriptum, in hæredem potius ac verius alienatio ipſa, & per eam dominii acquiſitio, collata videtur, quam in legatarium, vel fideicommiſſarium. Nam huiuſmodi legatorum, vel fideicommiſſorum temporalium uſusfructus potius videtur relictus, quam proprietas quæ cum ipſo uſufructu poſt tempus ad hæredem remeare debet. Vnde etiam, ut in ea lege ſcriptum eſt, legatarius vel fideicommiſſarius, cui talia erant relicta legata, vel fideicommiſſa, *neceſſitatem habebat cautionem in perſonam exponere, ut hæredi poſt tranſactum tempus res non culpa eius*

de-

deterior facta reſtituatur. Valent igitur temporalia legata ex lege Iuſtiniani, non tanquam alienationes temporariæ, ſed tanquã uſusfructus ad tempus conceſſiones, remanẽte proprietate penes hæredẽ, cui propterea cavendum eſt de reſtituenda re non deteriore facta. Addit Theſis: *Emptor itẽ, cui ſub addictione in diem, vel ſub lege commiſſoria, res vendita eſt & tradita, interim eſt dominus*. leg. IV. D. de in diem addictione, & leg. XLI. de R. V. Certe dominus eſt interim, ſed an ex cauſa alienationis? Poteſtne dici alienata res quæ hac lege empta ſit, ut ſi alius meliorẽ cõditionem attulerit, recedatur ab emptione, ut eſt in lege dicta XLI. D. de Rei vindicatione. An veteres Iuriſconſulti, qui nullam ſtatuebant proprie alienationem, niſi mancipationem, & traditionem alteri nexu, vel in iure ceſſionem, tale admiſiſſent alienationis genus, in quo res vendita eſt ea conditione, ſi nemo meliorem conditionem attulerit? Qui ſic emit, donec melior conditio allata ſit, dominium retinet, ſed citra alienationem, & poteſt actione in rem uti. Idem de eo dicitur cui res in diem addicta eſt. Antequam addictio ſit facta, venditor in rem actione uti poteſt, poſtea non poteſt,
ut

ut eſt in eadem leg. XLI. D. de R. V. Notant hic, Hotomannum diſſentire, in Epitome ſupraſcripti Tituli de in diem addictione, ubi aſſerit, non idem hac de re omnes Iuriſconſultos ſenſiſſe. Quæſtio hæc fuit, utrum in diem addictio fundi pura ſit emptio quæ ſub conditione reſolvatur, an vero conditionalis. Formula eius hæc erat, *ille fundus centum eſto tibi emptus, niſi ſi quis intra Kalendas Ianuarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo à domino abeat.* Ut hæc verba formulæ in diem addictionis concepta ſunt, & habentur leg. I. D. hoc Titulo, non poteſt videri pura hæc emptio, ſed conditionalis. Non enim à domino abire poteſt ante Kalendas Ianuarias, in quem diem addicta eſt, niſi ſi quis meliorem attuliſſet conditionem. Expreſſe enim ibi dicitur, niſi quis intra Kalendas Ianuarias proximas meliorem conditionẽ fecerit, quo res à domino abeat. Ergo non debet abire à domino ante illud tempus, niſi meliore conditione allata. Quæ ſi non extiterit, tum poſt illum diem emptoris fit, eique addicitur. Vlpianus leg. II. eodem, quæſtionis ait fuiſſe, quoties fundus in diem addicitur, utrum pura emptio ſit, ſed quæ ſub conditione reſolvatur, an

vero

vero magis ſit conditionalis. Ex formula quæ ex Paulo ad Sabinum lege 1. huius Tituli allata eſt, res dubitationem non capit. Idem tamen Paulus ad edi-ctum leg. 1. π. iv. D. pro emptore, ſcribit, Iulianum putaſſe, ſi in diem addictio facta ſit, id eſt, *niſi ſi quis meliorem conditionem attulerit*, perfectam eſſe emptionem, & fructus emptoris effici, & uſucapionem procedere, cui ipſe opinioni ſe dicit accedere. Sed puto ego, veriſſimũ eſſe quod reſpondit Vlpianus leg. 11. D. de in diem addictione, intereſſe quid actum ſit. Nam ſi ſcriptum ſit in formula venditionis in diem, emptum eſſe fundum centum, niſi melior allata ſit conditio intra kalendas proximas Ianuarias, quo diſcedatur ab emptione, erit pura emptio quę ſub conditione reſolvetur. Sic enim verba Vlpiani exponenda ſunt, *ut, meliore allata conditione, diſcedatur.* Nempe ut diſcedatur ab emptione. Aliud eſſet ſi ſcriptum foret ut in formula prædicta, *quo res à domino abeat*. Per illam enim formulam, non abit res à venditore ante diem præſtitutam in quam addictus eſt fundus. Sequitur apud Vlpianum, *Sin autem hoc actum eſt, ut perficiatur venditio niſi melior conditio afferatur*, erit emptio

conditionalis. Cum his verbis perfecta, tum demũ intelligitur emptio ſi conditio melior allata non ſit, die præſtituta. Formula vero ita dubiis & ambiguis verbis concipi poterat, ut quid actum eſſet vix liquido intelligi poſſet: exempli gratia ſi ita ſcriptum foret, vel dictum, in addicendo in diem fundo : *Ille fundus centum tibi eſto emptus , niſi ſi quis intra Kalendas proximas conditionem meliorem attulerit .* Merito hoc caſu dubitatum eſt, utrum contracta eſſet ſub conditione talis emptio, an ſub conditione tantum reſolveretur. Iulianus hanc poſteriorem ſententiam tenuit, quam ſequitur Paulus in dicta leg. 11. D. pro emptore. Simpliciter enim fundus addictus fuiſſe ſub illa formula videtur in ea lege , *niſi ſi quis meliorem conditionem attulerit*, ut diſerte ibi ſcriptum eſt. Qua formula merito pronuntiavit cum Iuliano Paulus, contractam pure fuiſſe hanc venditionem, ea conditione reſolvendam , ſi quis meliorem conditionem attuliſſet intra Kalendas Ianuarias proximas. Ita facile diſſenſus auctorum quieſcit, ac ſine ullo negotio componuntur qui videbantur non idem ſentire. Diſcordes tamen adhuc manẽt circa illam formulam, *niſi quis conditio-*

ditionem meliorem attulerit. Nam alii uſque ad illam diem fundum venditoris eſſe, alii emptoris crediderunt: Iulianus & Paulus emptoris, Hermogenianus venditoris, ut apparet ex leg. XXXVIII. D. ad legem Falcidiam. Eadem diverſitas opinionum fuit in lege commiſſoria venditionum. Hac lege venditus fundus, ut inemptus eſſet, niſi intra certum diem pretium ſolveretur, diſputatum eſt, utrum pura & perfecta hæc venditio videretur, ſub conditione reſolvenda, an vero conditionalis. Qua de videantur Doctores. In utroque venditionis genere quamvis videatur vera emptio eſſe quod actum eſt, ad hoc tantum proficit, ut dominium transferatur, non ut alienatio procedat. Dominũ vero eſſe emptorẽ, & dominiũ habere in diem addicti fundi, ſcribunt Iuriſconſulti, non alienationem eius eſſe factam. Dominium autem transferri ſine alienatione, etiam in Iure Iuſtinianeo ſupra oſtendimus. Nam in veteri Iure nihil frequentius. Iuris eſt regula, perfecte id cuiuſque non eſſe quod *ei ex caſu auferri poteſt*. Non igitur perfecte eius eſt fundus cui auferri poteſt conditione meliore allata ex pacto venditionis. Nec ratio poſtulat, ut alienatio videatur ea

emptio vel in diem addictio, de qua dubitarunt Iuriſconſulti, an vel dominiũ, in emptorẽ ex ea tranſiret. Quod & in fundo lege commiſſoria diſtracto etiam controverſum fuit inter Iuriſperitos. Sola alienatio facit, ut perfecte ſit alicuius quod in eum alienatum eſt, præſtatque ut auferri ei non poſſit. Id vero non efficit temporalis alienatio. Non eſt ergo vera alienatio. In definitione alienationis vidimus ſupra, quod ſit *rei ſuæ iuriſque ſui in alium tranſlatio*. In perpetuum eam fieri tranſlationem debere, ut alienatio ſit, intelligendum. Alioquin addendum eſſet ad definitionem, niſi hoc intelligeretur, *rei ſuæ iuriſque ſui in alium tranſlatio in perpetuum, vel ad tempus*. Nunc vero docendũ eſt, fruſtra doctos profeſſores, & doctores, in tẽporalibus alienationibus, ut eſſe tales videantur, laborare, cum nihil faciant prorſus ad alienationẽ Mutui conſtituendam. De qua tamen hic ſcribunt in fine huius Theſis, *Quod in aliis contractibus fit poteſtate conventionis, id in mutuo præſtare huius contractus naturam*. Ergo ex naturæ ſuæ vi ac proprietate Mutuum eſt alienatio temporalis. Citatur lex 11. D. de rebus creditis, ut hoc paradoxon adſtruatur. Nihil omnino

no tale illa ſuggerit. Quid alienatur in mutuo? Species ipſa quæ mutuo datur, ſive corpora nummorum. Qua alienatione, perpetua, an temporali? Certe in perpetuū, & irrevocabiliter accipientis fit quod ſic datur, nec unquam redit ad eūm qui dedit. Nam conſumitur ab accipiente. Ipſi quinetiam aſſerunt ſententiæ huius auctores, non ad uſum, ſed ad abuſum dari. Quod datur ad abuſum, alienatione perpetua, & irrevocabili in accipientem tranſit, ut ab eo conſumatur, nunquam reddendum ei à quo acceptum eſt. Si hæc res ita data & alienata facere potis eſt, ut mutuum ſit alienatio, non ſane poteſt eſſe niſi perpetua ea alienatio. Et ſic plane non erit quid diverſum mutuum à donatione. Si vero mutuum non quit videri perpetua eſſe alienatio quia redditur in eo quod datur, ne temporalis quidem fuerit. Non enim illud ipſum redditur quod datum fuit, & quod in perpetuum alienatum eſt in perſonam accipientis. Illud autem quod redditur, quia reddi dicitur, non fuit alienatum. Id enim *alienum* ſemper habuiſſe debitor dictus eſt, & *ſuum* fuit appellatum creditori, & in bonis eius computatum, non in bonis debitoris. Quas præſtat

uſuras debitor creditori, non pro re quæ non eſt amplius in rerum natura, & quā abuſus eſt, eas ſolvit, ſed pro re quæ ſua manſit creditori. Sed nec pro ſua eas putatur pendere. Nemo enim pro ſuo penſionem aut mercedem alicui præſtare tenetur. Aliud igitur eſſe oportet, in quo mutuum conſiſtit quam rē illam, vel corpus quod datum eſt mutuo. Nam ſi in eo conſiſteret, dubitari non deberet, quin alienatio foret, & quidem perpetua. Cum illud autem aliud, in quo mutuum ſitum eſt, & *ſuum* creditori maneat, qui pro eo uſuram quaſi mercedem percipit, & *alienum* debitori, qui penſionem pro eo ſolvit, id etiam prorſus inalienabile videri neceſſe eſt. *Genus* eſt, & *quantitas*, quæ reddi debet eadem. Ad hoc enim data eſt, ut reddatur, & ad eam obligatio contracta eſt, qua reddita diſſolvitur.

AD III.

Nihil erat igitur neceſſe, hac Theſi recoquere venditiones factas ſub lege remancipandi, cum nihil illæ proſint adſtruentibus Mutuum eſſe alienationem. Quod ſi alienatio ſit, non poſſit eſſe niſi perpetua, ex re quæ mutuo datur, & ſic ſit accipientis, ut in perpetuum alienetur.

tur.

tur. *Fiduciariæ* huiuſmodi emptiones vocabantur veteribus Romanis non *fiduciæ*, ut putavit Boëthius, qui de his fiduciariis emptionibus interpretatus eſt, verba Ciceronis ex lib. IV. Topicorum. *Fiduciam*, inquit, *accepit, cuicunque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet. Velut ſi quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus quod ſuſpectũ eſt præterierit, reddat. Hæc mancipatio fiduciaria nominatur, idcirco quod reſtituendi fides interponitur.* Alienationem Iure Romano habitã fuiſſe, talẽ fide interpoſita reſtituendi venditionem fundi, nemo tantus ſit auctor qui mihi perſuaſerit. Nec lex II. Cod. de pacto inter emptorem & venditorem, dicit, fundum ea lege venditum alienari ad tempus. Fiduciaria plane eſt emptio de qua in illa lege agitur, ubi venditus eſt fundus ea lege, ut ſive venditor, ſive hæredes eius, emptori pretium, quandocumque, vel intra certa tempora, obtuliſſent, reſtitueretur. Dominium quidẽ ſub ea conditione venditi fundi transferebatur, ſed citra alienationem, cum alienatio vera non ſit niſi perpetua. Talis venditio adeo viſa non eſt alienatio antiquis Iuriſprudentibus, ut in ſimili caſu vindicationem dederint, &

in factum actionem ei cuius fundus ita venditus foret, ut apparet ex leg. XIII. D. de pigneraticia actione: *Sed & ipſe debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum adverſus emptorem agere.* Quam clauſulam eſſe ſpuriam, & à Triboniano aſſutam, perperam autumant viri Iuris peritiſſimi.

Ad IV.

Tractatur hic de prædiorum urbanorum & ruſticorum, lege Moſis, apud Iſraëlitas venditione. Fructuarios eos fuiſſe tantú terræ ſanctæ, ipſe Deus dicit, ſe vero dominum. Ideo omnes venditiones quæ fiebant prædiorum terræ ſanctæ, non aliter quam ad tempus fieri licebat, non in perpetuum, nec εἰς βεβαίωσιν, ut ſeptuaginta interpretes reddunt. Quæ πρᾶσις εἰς βεβαίωσιν, alienationi vel abalienationi reſpondet Iure Romano. Nihil cum poſſim addere illis quæ hac de re Salmaſius in Diatriba de Mutuo diſſeruit, mirum hic tantum ſubit, cur eorum mentionem in hac Theſi non fecerit clariſſimus Iuris profeſſor.

AD V.

Erat etiam olim fiducia, pignus quod creditori mācipabatur, aut in Iure cedebatur, ea lege, ut ſoluta ad diem pecunia, remanciparetur: non ſoluta creditori pleno Iure committeretur. Paulus II. *Sentent.* XIII. *Vbi ad tempus quoque rei alienatio fiebat.* Uno verbo licet veriſſime dicere, hæc omnia eſſe falſiſſima. Nulla quippe unquam mancipatio pignoris huiuſmodi facta legitur in Iure Romano, quæ ſoluta ad diem pecunia remanciparetur, non ſoluta, pleno Iure committeretur creditori. Longe alia fuit, & aliter ſe habuit pignorum lex commiſſoria. Non enim pignus iſta lege creditori mancipabatur, aut in Iure cedebatur, ut ſoluta ad diem pecunia remanciparetur, ſed pignoris obligatio creditori fiebat ea conditione, ut ſi ad diem ſoluta non eſſet pecunia, committeretur pignus vel fiducia, id eſt, pleno Iure creditori acquireretur: ſi ſoluta eſſet, domino reſtitueretur. Rei pignori vel fiduciæ ſic datæ non fiebat alienatio ad tempus, nec enim mancipabatur antequam lex commiſſa eſſet. Vbi vero ex pacto commiſſa fuerat fiducia, vel res fiduciæ vel pignori obligata, tum creditoris ita

fiebat, ut dominio eius in perpetuum adiiceretur, & à debitore alienaretur. Citant Hotomannū in epitomen D. de pignoribus, N. VIII. ubi ſcribit, *Per fiduciam pura & præſens alienatio fit, ſed ſub conditione reſolvitur.* Non intellexit ille quid eſſet *fiducia*, & quomodo committeretur, & quæ lex eſſet commiſſoria *fiduciarum*, ut neque ipſe Cuiacius, qui hic laudatur ex lib. II. de Feudis, cap. XXIX. Plura etiam de fiducia commentatus eſt ad Tit. XIII. lib. II. Receptarum ſententiarū Pauli, unde verba iſta ſumpſit profeſſor, quæ initio Theſis poſuit: *Eſt autem fiducia pignus quod creditori mancipatur, aut in Iure ceditur, ea lege, ut ſoluta ad diem pecunia remancipetur, non ſoluta creditori pleno Iure committatur, id eſt, lege commiſſoria. Alias vero pignoris dominium in creditorem non transfertur.* Quæ omnia totidem verbis in hanc Theſin tranſtulit, ſolo ſuo cedere iuſſa, doctiſſimus profeſſor. Ingrati ſunt Doctores atq; etiā invidi, niſi fateantur, Salmaſiū eos primum docuiſſe quid eſſet *fiducia* in antiquis Iuris auctoribus, cum hactenus id ignoratum ſit. *Fiducia* ſive hypotheca, non mancipabatur creditori niſi commiſſa foret. Nulla ergo fuit remancipatio talis fiduciæ. Hæc remanci-

patio

patio obtinuit in fiduciaria venditione, cum res alicui mancipabatur, id eſt, vendebatur, ea lege, ut poſtea mancipanti remanciparetur. Perperam Boëtius de hac fiduciaria emptione interpretatus eſt *fiduciam*, cuius apud Ciceronem fit mentio Topicorum IV, his verbis, *Si tutor fidem præſtare debet, ſi ſocius, ſi cui mandaris ſi, qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator.* Ubi *fiduciam accipere*, nihil aliud eſt quam pignus accipere. Nulla ergo in pignoris obligatione *fiduciæ* mancipatio fiebat, vel alienatio in creditorem, niſi poſtquam ex lege cōmiſſoria pignus eſſet commiſſum creditori, & acquiſitū pleno Iure non ſoluta ex pacto ad diem pecunia. Remancipationi igitur in ea fiducia quæ pignus eſt, nullus relinquitur locus. Quod qui arbitrati ſunt, duos diverſiſſimos contractus confuderunt, emptionem & pignus. Ex Boethio id hauſerunt, qui magnopere hallucinatus eſt in exponenda Ciceronis ex Topicis *fiduciæ* appellatione. Non igitur per *fiduciam*, ut volunt Doctores, pura & præſens alienatio fit, quæ ſub conditione reſolvitur, ſed pignoris obligatio contrahitur, quæ reſolvitur in alienationem ipſius pignoris creditori acquiſiti pleno iure, ſi lex commiſ-

ſoria

ſoria locum habuerit. *Fiduciæ* nomen non alia ſignificatione in ſcriptis auctorum Iuris & aliorum ab omni Latinitatis antiquitate uſque ad Iuſtiniani ætatem, quam pignoris, vel hypothecæ, frequentatum eſt. Primus Iuſtinianus è Iuris corpore quod ipſius iuſſu compilatū eſt, tollendū curavit, & *hypothecæ* ſubſtituendū pro eo vocabulū. Hæc vox ſæpe apud Ciceronem occurrit non alio ſenſu quam pro hypotheca. In libris de Officiis, ter niſi fallor legitur, & coniungitur, ut in Topicis, cū ſocietatibus, & tutelis, aliiſque bonæ fidei iudiciis. Huius propria formula fuit, *ut inter bonos bene agier*. Ut in arbitrio rei uxoriæ, *Quod æquius, melius*. Et hæc duo ſimul iunxit lib. III. *Reliquorum autem iudiciorum hæc verba maxime excellunt. in arbitrio rei uxoriæ, Quod malius æquius: in fiducia, ut inter bonos bene agier.* Sic in collatione legum Moſaicarum cum Romanis, Tit. X, hæc duo iunctim ponuntur in verbis Modeſtini, *fiduciæ iudicium*, & *actio rei uxoriæ*, in *quibus dolus & culpa deducitur, quia utriuſq; contrahentis utilitas verſatur.* Tribonianus in leg. V. D. cōmodati, ubi eadem res ab Ulpiano exponitur, *in dote & pignore* pro eodem poſuit. Nec dubitē ibi ſcriptum ab auctore fuiſ-
ſe,

ſe, *in fiducia ac dote.* Idem Cicero in Epiſtola ad Trebatium, *Vbi porro erit illa formula fiduciæ, ut inter bonos bene agier?* Generaliter ſumitur, ut pignus, tam de eo quod manu traditur ac deponitur, cui nomen proprie *pignus*, quam de eo quod nexu obligatur, non traditur, quæ Græce eſt *hypotheca*. Sed ſpecialiter pro hypotheca fere ſemper poni ſolet. Atque ita Cicero in ea pro L. Flacco: *Pecuniam adoleſcentulo grandi fœnore, fiducia tamen accepta, occupaviſti. Hanc fiduciam tibi commiſſam dicis, tenes hodie ac poſſides. Eum tu teſtem ſpe recuperandi fundi paterni venire ad teſtimonium dicendum coëgiſti.* Commiſſam dicit fiduciam lege commiſſoria pignorum. Vt hinc etiam ſcias, *fiduciam* eſſe pignus. Citavit Salmaſius; cuius ſcrinia nolo compilare, ex veteri inſcriptione monumenti, qua prohibetur *fiduciari* & *vendi*, id eſt, hypothecæ nomine obligari. Titulus IV eſt apud Paulum lib. II. Sententiarum Receptarum, *de commodato & depoſito pignore fiduciave.* Vbi vocat *depoſitum pignus* id genus pignoris, quod manu datur, ac deponitur apud creditorem: *fiduciam* vero hypothecam. Nam & *depoſiti pignoris* in ſequenti titulo de pignoribus meminit, & apud Iſi-
dorum

dorum lib. v. Originum cap. xxv. *Hypotheca eſt, cum res aliqua commodatur ſine depoſitione pignoris, pacto, vel cautione ſola interveniente.* Sic *fiducia*, quæ proprie eſt hypotheca, diſcernitur apud Paulum à *pignore depoſito*. Idem Paulus lib. 1. Sententiarum Tit. ix. ita pignora & hypothecas diſtinguit: *Minor adverſus diſtractiones eorum pignorum & fiduciarum quas pater obligaverat, ſi non ut oportuit à creditore diſtracta ſint, reſtitui in integrum poteſt.* Anianus eam legem exponens pro his dicit, *quæ pater eius oppigneraverat, vel fiduciæ cauſa poſuerat.* Ubi, *fiduciæ cauſa ponere*, vocat quod Græci θεῖναι εἰς ὑποθήκην. Paulus lib. 11. Tit. xiv. de lege comiſſoria: *Si creditor rem fiduciatam fecerit meliorem, ob ea recuperanda quæ impendit, iudicio fiduciæ debitorem habebit obnoxium.* Ita enim ſcribendum eum locum, nos docuit Salmaſius. *Rem illam fiduciatam*, de prædio fiducia obligato, id eſt, hypothecæ dato, recte interpretatus eſt Anianus: *Si quis creditor prædium ſibi fiducia obligatum, ſtudio & opere ſuo melioraverit.* Idem Paulus lib. eodem Tit. xvii. *pignora* & *fiducias* ita diſtinguit, ut vulgo in Iure Iuſtinianeo ſolent diſtingui pignora & hypothecæ: *Hæredibus debitoris adverſus creditorem, qui pignora*

gnora vel fiducias diſtraxit, nulla actio datur, niſi à tutore, niſi à teſtatore inchoata ad eos tranſmiſſa ſit. Anianus ad Tit. VII. Sententiarum Pauli lib. V. *fiduciam* appellat fundum ipſum hypothecæ obligatum. *Precario*, inquit, *poſſidet, qui per preces poſtulat, ut ei in poſſeſſione permiſſu domini, vel creditoris, in fiducia commorari liceat.* Paulus ipſe lib. eodem Tit. XXVI. *fiducias*, id eſt, hypothecas, à depoſitis pignoribus ſeparat: *Fiducias vero & pignora apud ſe depoſita perſequi, & ſine auctoritate iudicis vindicare, non prohibetur.* Cum in totis illis libris quinque ſententiarum Receptarum Paulus nuſquam meminerit *hypothecæ*, ſed *fiducias* ſemper cum *pignoribus* nominarit, an cuiquam dubium videri poteſt, fiducias eſſe hypothecas, & hanc vocem exturbari voluiſſe ex Iuriſconſultorum ſcriptis è quibus ius conſarcinabat ſuum, ſubſtituta in eius locum hypotheca? In Codice Theodoſiano, Tit. de infirmandis his quæ ſub Tyrannis aut barbaris geſta ſunt, *pignus* ſimiliter & *fiducia* ita diſtinguitur, ut fiducia omnino hypotheca ſit: *pignoris atque fiduciæ obligationes perſeverant.* Apud Sidonium Apollinarem Epiſt. XXIV. lib. IV. *fiducia* eſt prædii oppignerati, *pignus* argenti ſeque-

queſtrati ſive depoſiti: *Pecuniam poſtulavit impetravitque, nil quidem loco fiduciæ pignoriſque, vel argenti ſequeſtrans, vel obligans prædiorum*. Vbi manifeſtum eſt, argenti ſequeſtrationem ad pignus, prædii obligationem ad fiduciam referri oportere, ut etiam Salmaſius docuit in libro de modo Vſurarum. Optimæ quoque ac vetuſtiſſimæ Gloſſæ quarum auctor antiquior eſt compilatione Iuſtiniani, *fiduciam* ὑποθήκην exponit. *Fiducia*, ὑποθήκη, ἐνέχυρον. *Fiduciatus*, ὑποτεθειμένος, id eſt, hypothecæ datus. *Fiduciat*, ὑποτίθεται. Græco-Latinæ itẽ antiquæ: ὑποθήκη, *hypotheca, obligatio fiduciæ*. Sic enim ibi ſcribendum. Hæc cum ſint adeo clara, & teſtimoniis adeo evidentibus demonſtrata, an quiſquam eſt iã, qui ſuſtineat audire Neotericos doctores Iuris, quantumlibet in Iure exercitatos, dum nobis neſcio quam *fiducram* proponunt, ab hypotheca diverſam? Cuiacius ad Pauli ſententias, exponit *fiduciam pignoris*, legẽ commiſſoriã, quia Cicero loco ſupra citato ex Oratione pro Flacco dixerit, *Hanc fiduciã cõmiſſam tenes*. Sed quis nõ videt, ibi *fiduciam* appellari fundum ipſum fiduciæ obligatum. Sic enim, & apud Paulum, & apud Anianum etiam eius interpretem accipitur, *in fiducia commorari permiſſu creditoris*.

ditoris. Id eſt, in fundo fiduciato. Cum ſcripſit ibidem Cicero, pecuniam adoleſcentulo, *fiducia accepta occupatam*; nonne intelligenda eſt de fundo in fiduciam ſive hypothecam accepto? Quod autē ibi ſcripſit idē Cicero, *fiduciam commiſſam eſſe,* nonne potuit dicere, ut pignus etiam aliquando generaliter ſumitur, *pignus eſſe commiſſum*? Quod autem idem Cuiacius ibidem ſcribit, ideo de *fiducia* nihil in Pandectis relatum eſſe, quoniam ſublatæ erant Conſtantini conſtitutione leg. ult. Cod. de pactis pignorum; cur igitur in Codice Theodoſiano mentio occurrit *fiduciæ obligationum*, quas infirmari noluerunt Arcadius & Honorius, cum illis quæ Tyrannicis temporibus erant facta, & contracta? Atqui eadem illa Conſtantini conſtitutio, qua volunt abolitam fuiſſe commiſſoriam legem pignorum, extat in eodem Codice Theodoſiano ſub Titulo De commiſſoria reſcindenda. Si fiducia hac lege à Conſtantino reſciſſa fuiſſet, & abolefacta, non eius mentio repoſita eſſet in lege Arcadii, & Honorii, ubi iubent *perſeverare pignoris & fiduciæ obligationes* contractas ſub Tyrannis, cum infinita alia acta Tyrannicorum temporum infirmarent eadem lege. *Fi-*

P *ducia*

ducia igitur in ea lege, ut & omnibus locis, pro hypotheca ſimplici ponitur. Et *pignm fiduciave* apud Paulum à Iuſtiniano correctum, idem eſt quod pignus, hypothecave Iuſtinianea. Ut in leg. 11. Cod. de pactis pignorum, pro *pignoris hypothecæve titulo*, ſcripſerat Diocletianus, *pignoris fiduciæve titulo*. Vt *fiduciam* Cicero *commiſſam* dixit in Oratione pro Flacco, ita & *ὑποθήκας commiſſas*, Græco vocabulo idem quod Latinum *fiducia* ſignificante, in Epiſt. LVI. lib. XIII. *Præterea Philotes Alabandenſis ὑποθήκας Cluvio dedit: hæ commiſſæ ſunt. Velim cures, ut ante de hypothecis decedat, eaſque procuratoribus Cluvii tradat, aut pecuniam ſolvat.* Fiducia, & ὑποθήκη, accipi dicitur & dari, cum fundus hypothecæ vel fiduciæ titulo obligatur. *Committi fiducia*, & *hypotheca*, cum legi commiſſoriæ locus eſt. Etiam pignus ſic commiſſum poſſet dici, cum generali ſignificatione, & pro hypotheca ſumitur. *Decedere* etiam *hypothecis*, dicebatur debitor, qui agris hypothecæ datis, vel fiduciatis, decedere iubebatur, poſtquam commiſſæ eſſent ex legis commiſſoriæ pacto. Hæc lex quidem commiſſoria in pignoribus, & hypothecis ſive fiduciis dandis priſco Iure frequenta-
ta à

ta à Iuſtiniano ſublata eſt, non tamẽ *fiducia* proprie nomen fuit illi legi commiſſoriæ, cum & pignora, & hypothecæ eadem lege committi ſolerent quamdiu eſt obſervata. Ideo fiduciæ iudiciũ ad famã etiã pertinebat, cũ Cicero dicat in Oratione pro Q.Roſcio Comœdo: *Si qua ſunt privata iudicia ſummæ exiſtimationis, & pæne dicam capitis, tria hæc ſunt, fiduciæ, tutelæ, ſocietatis. Aeque enim perfidioſum & nefarium eſt fidem frangere, quæ continet vitam: & pupillum fraudare, qui in tutelam pervenit: & ſocium fallere, qui ſe in negotio coniunxit.* In hypotheca ſic danda captioni & fraudi maxime locus patuit, cum debitorem re ſua parvo æſtimata, & mancipata, facile poſſet intervertere creditor, qui ſummo Iure cum eo egiſſet, & commiſſa pignora, vel fiducias, habere & tenere voluiſſet, non ſoluta ad tempus pecunia. Ideo formula in hoc iudicio hæc uſitata erat, *ut inter bonos bene agier.* Multi enim boni creditores etiam poſt hypothecam vel fiduciam commiſſam, non tamen ſummo iuris rigore agebant, ſed pecuniam ſi à debitore afferretur accipiebant in ſolutum, & hypothecam, vel fiduciam, remancipabant ipſi. Vnde & Cicero in Epiſtola ſupraſcripta commiſſis hypo-

P 2 thecis

thecis curari vult, ut iis decedat qui eas dederat, aut pecuniam ſolvat. Si de Iure ſuo nihil voluiſſet remittere, commiſſas hypothecas ſibi retinere potuiſſet. Sed ſcire etiam debuit Cuiacius, non magis famoſum tum fuiſſe iudicium fiduciæ ſive pignoris, & hypothecæ, quam iudicium ſocietatis & tutelæ, cum quibus iudiciis apud Ciceronem iungitur, & æque ſummæ exiſtimationis cũ his eſſe dicitur. Ab illa etiam lege commiſſoria venit, quod ſervis à debitore legatis, non deberentur fiduciæ dati, ſive fiduciati, quia in creditoris erant dominio, ſic nempe creditori traditi, ut niſi pecunia ad diem ſoluta eſſet, ipſi manciparentur. Sed hoc idem dicere liceret de ſervis pignori datis lege commiſſoria quamdiu illa viguit. Non enim differentia extitit fiduciæ & pignoris, quod in fiducia proprie locum haberet lex commiſſoria, in pignore vero, & hypotheca, non haberet. Quod eſt maxime ridiculum, & falſum. Lex enim commiſſoria valuit in omnibus pignoribus & hypothecis, ſeu fiduciis. Vnde *pacta pignorum*, hæc vocat Iuſtinianus, & *legem commiſſoriam de pignoribus*. *Rem legatam*, inquit Paulus in lib. III. Sententiarum, Tit. VII. de legatis, *teſtator ſi*

poſtea

poſtea pignori, vel fiduciæ dederit, eo voluntatem mutaſſe non videtur. Quis non videt, *fiduciæ* ibi idem ſignificare, ac ſi ſcriptum eſſet, *ſi poſtea pignori, vel hypothecæ dederit?* Idem Paulus lib. II. Tit. XIII. de lege commiſſoria: *Debitor creditori fiduciam vendere non poteſt.* Ad quem locum Cuiacius notat, debitorem pignus vendere poſſe ex lege Reſcriptum, D. de diſtractione pignorum. At fiduciam, inquit, non poteſt, quia iam creditori ſatis per mancipationem aut ceſſionem *in Iure acquiſita eſt.* Ego miror, tanto Iuriſconſulto hoc in mentem cadere potuiſſe, ut crederet, rem fiduciæ datam, id eſt, ut barbari loquuntur, *hypothecatam*, ſive *fiduciatam*, ut tunc Iuriſconſulti dixere Romani, ſtatim atque obligata fuiſſet creditori, eidem mancipatam extitiſſe, & in Iure ceſſam. Vnde illi hæc viſio oblata? Ab Iſidoro ſcilicet, qui ſcripſerit, lib. V. cap. XXV. Originum, *fiduciam eſſe, cum res aliqua ſumendæ pecuniæ cauſa, vel mancipatur, vel in Iure ceditur.* Non tantus ei videri debuit auctor Iſidorus, nec tanti, ut rem falſiſſimam perſuadere ſibi debuerit auctoritate tam nihili. Quia legerant futiles iſti ſcriptores, in veteri Iure fiduciam mancipari ſolitam creditori, vel in Iure cedi,

ubi commiſſa foret, ex eo imaginati ſunt, ſumendæ pecuniæ cauſa ita mancipari. Quod ex parte quidem verum, ſi tempora diſtinguantur, & pacti vel legis commiſſoriæ ratio habeatur. Pecuniæ ſumendæ gratia datur fiducia, etiam pignus vel hypotheca, quæ eadem cum fiducia eſt, ſed hoc Latinum, illud Græcum. Dabatur autem tum, cum lex commiſſoria viguit, hac lege pignus & fiducia, vel hypotheca, ut niſi ſoluta eſſet pecunia creditori dicto tempore in mutua danda, ut pignus vel fiducia, ſive hypotheca commiſſa eſſet, & mancipata creditori, cui revera tunc tradebatur & mancipabatur, eaque decedebat debitor, & in eius poſſeſſionem admittebatur creditor, plenoque eam Iure acquirebat ſibi. Cæterum quantum ad hanc legem attinet, & pactum in pignoribus & fiduciis dandis interponi tum ſolitum, nihil diſcriminis fuit inter hypothecas & fiducias, quæ ſunt eadem, nec etiam pignora, quia ſub eadem conditione legis commiſſoriæ ſolebat quoque pignorum depoſitio fieri. Tunc vere locum habuit, quod dicit Philo: τῶν δανειζόντων μᾶλλον ἢ δεδανεισμένων εἰσὶ τὰ ἐνέχυρα. Donec enim pecunia ad diem ſoluta eſſet à debitore, incertum mane-

manebat utrum futura eſſent creditoris, an debitoris pignora. Ideo ſervus fiduciæ datus, vel pignori, eo tempore quo in uſu fuit lex commiſſoria, magis videbatur eſſe creditoris quam debitoris: ideo cum legatis à debitore ſervis, non debebatur. Iſidoro pignus & hypothecam à fiducia ſeparanti qui auſcultarunt doctores, debuerunt & eidem fidem habere, dicenti, precarium dici, quaſi *precadiẽ, quia prece aditur. Et, commodum eſſe quod noſtri Iuris eſt, ad alios temporaliter tranſlatum, cum modo temporis, quod apud eum ſit quamdiu apud eum ſit. Vnde & commodum dictum eſt.* Tunc temporis quo Iſidorus vixit, homines corpus habebant Iuris à Iuſtiniano compoſiti, in quo pignora & hypothecæ paſſim leguntur eo ſenſu quo ea explicavit bonus Iſidorus. Reſtabant in provinciis aliqui Iuris auctores, qui fiduciæ mentionem habebant mancipari vel in Iure cedi ſolitæ poſtquam eſſet commiſſa ex legis commiſſoriæ vi. Hinc illa differentia falſo ab illo adnotata inter *fiduciam* & *hypothecam*, cum idem ſit. Eat nunc, & dicat Friſius profeſſor, Alexium *fiducias, pignora,* & *hypothecas* perperam confudiſſe, cum ipſe perperam eas ſeparet, una cum ſuis Doctoribus, quos hic

 pror-

prorſus cæcultaſſe, ut loquebantur veteres, fateatur oportet. Supereſt locus ex Ambroſio de Tobia cap. XII. allatus, quo probare condendunt, ea vocabula recte ſeparari, his verbis: *Hypothecas flagitat, pignus uſurpat, fiducias vocat.* Sed iam notavit Salmaſius in libro de Modo Vſurarum, multa ibi exaggerandi & amplificandi gratia ſynonymos eiuſdē rei vocabula congeri. Vt cum dicit ibidem, *ſors dicitur, & caput vocatur.* Sors & caput ſive κεφάλαιον idem prorſus. Ex quibus verbis aliquis doctor emergere poſſet, qui diverſa ea eſſe vellet demonſtrare. Horatius: *Et quinas capiti mercedes execat.* Id eſt, ſorti quinas uſuras exſecat. Sequitur apud eumdem eo loco: *Syngrapham nuncupat, chirographum nominat.* Multi ſyngrapham & chirographum confuderunt. Deinde ſubiicit: *Hypothecas flagitat, pignus uſurpat, Fiducias vocat, obligationem aſſerit.* Obligationem pignoris, & hypothecæ, dici, nemo eſt qui ignoret. Non igitur hoc loco obligationem nominat tanquā diverſam à pignore, vel hypotheca. Nec etiam poſſit aliquis hinc inferre, hypothecas à fiduciis eſſe diverſas. *Hypothecas*, inquit, *flagitat* creditor, quaſi iam commiſſas, *pignus uſurpat* veluti commiſſum,
id eſt,

id eſt, ſibi vindicat ex lege commiſſoria. *Pignus* quippe *uſurpare* dicebatur creditor proprie, cum rem pignori apud ſe depoſitam dominio ſuo vindicabat. Papianus in reſponſis Tit. XVI. *Debitor ſolutionem differens, poteſt ad ſatisfactionem pignorum uſurpatione compelli. Quod tamen ſine ſententia iudicis facere non licebit, ſecundum Hermogeniani Codicem, ſub Titulo de pignoribus, Diocletiani, & Maximiniani, ad Viuentium, Herennium, Antigonum, & alium ad Septimium datum.* Harum legum expoſitiones Aniani adhuc hodie extant in fragmentis corporis Hermogeniani. Summa legis eiſdem verbis ab Aniano proponitur in expoſitione, ut hic à Papiano, ut videatur inde exſcripſiſſe. Vſurpat ergo creditor pignus apud ſe depoſitum, & vindicat: hypothecam autẽ flagitat, id eſt, poſtulat, ut ea debitor decedat, & ſibi tradat. & cum hoc facit, inquit Ambroſius, cum hypothecas flagitat, & pignus uſurpat, *fiducias* vocat, & *obligationem* aſſerit. Nam nomine *fiduciarum* generaliter ſumpto, tam pignora quam hypothecas comprehendebant. Vnde optimus auctor Gloſſarum, *fiduciam* ἐνέχυρον & ὑποθήκην exponit. Id eſt, pignus & hypothecam. Ita *fiduciarum*

vocabulum de utroque videtur poſuiſſe Paulus lib. II. Tit. XIII. de lege commiſſoria: *Debitor diſtractis fiduciis à creditore, de ſuperfluo adverſus eum habeat actionem.* Ubi *diſtractarum fiduciarum* appellatione tam pignora quam hypothecas intelligi oportet. Hinc & *fiduciæ actio* apud eumdem, & *fiduciæ iudicium* apud Ciceronem, & apud Modeſtinum in collatione legum Moſaicarum, Tit. X. de depoſito. Utrumque etiam comprehendit, pignus & hypothecam. Cum diſtractarum autem fiduciarum faciat mentionem Paulus, ex eo colligere eſt, etiam tum, cum legi cõmiſſoriȩ locus fuit, non ſemper tamen, ea conditione res pignori aut fiduciæ dari ſolitas, ut committerentur non ad tempus præſcriptum facta ſolutione. Sæpe etiam ſine hac conditione dabantur, ut poſtea ſemper factum eſt poſt abolitam ac reſciſſam legem commiſſoriam. Tum *ſimpliciter deponi pignus* dicebatur, id eſt, ſine lege commiſſoria, ut ex Paulo notavit Salmaſius lib. II. Tit. V. de pignoribus. *Creditor ſi ſimpliciter ſibi pignus depoſitum diſtrahere velit, ter ante denuntiare debitori ſuo debet.* Simpliciter, id eſt, ſine lege commiſſoria. Data fiducia vel pignore ſine hac conditione, denuntiatio

tiatio illa de qua Paulus ait, & diſtractio pignorum poſt trinam denuntiationem debitori factam, ſolebat obſervari. Sub lege autem commiſſoria dato pignore fiduciave, ſi ſoluta non eſſet ad diem pecunia, *pignus uſurpabat* creditor, & *fiduciam flagitabat*, id eſt, ſibi tradi petebat. Servos etiam ita fiduciæ datos de domo debitoris abducebat creditor, ut conſtat ex Gloſſa Aniani ad leg. III. Corporis Hermogeniani de pignoribus. Quod autem ſcripſit Paulus lib. II. Tit. XIII, *debitorem creditori fiduciam vendere non poſſe*, id ad peculiarem fiduciæ legem & naturam referri non debet, ſed id obtinebat in communi etiam pignore, ſimpliciter & citra legem commiſſoriam depoſito, ante reſcriptum imperatoris agente libellos Papiniano datũ, quo conſtitutum eſt, creditorem à debitore pignus emere poſſe, leg. XII. D. de diſtractione pignoris, & hypothecarum. Quem titulum veteres Iuriſconſulti conceperant, *de diſtractione fiduciarum*. Vel *de diſtractione pignorum, & fiduciarum*. Nihil ſane intereſt *hypothecam*, & *fiduciam*, niſi linguæ diverſitas, quod hoc Latinum, illud Græcum. De his videndus Salmaſius in libro de Modo Vſurarum.

rarum. Stabile ergo eſt quod fiximus, alienationem ad tempus, non eſſe alienationem. Fiduciariam emptionem, non eſſe alienationem. Fiduciam, id eſt, hypothecam, differre à fiduciaria emptione. Mancipationem per fiduciam non fieri puram, & in præſenti, ſed in diem, cum fiducia commiſſa eſt, vel pignus commiſſum.

Ad VI.

Octavum Salmaſii argumentum, quod pro octava obiectione contra alienationem Mutui ponit profeſſor Friſius, ex eo ductum eſt, *quod veteres proprium à mutuo ſepararunt*. Multa huius diſtinctionis exempla Salmaſius attulit ex variis auctoribus, philoſophis, poëtis, aliiſque. Duas retorquet reſponſiones Theſium auctor ac præſes. Primam, *deciſionem huius quæſtionis de mutuo ex iure civili petendam eſſe, non ex Bione, vel Plauto, aut aliis auctoribus, quorum opiniones & ſententiæ Iuris auctoritate carent*. Magna cum gravitate iſta videntur pronuntiata, quæ nec nos negamus eſſe vera. Nec opus erat Iuſtiniani ipſius advocare auctoritatē, ut hoc nobis perſuaderetur. Sed nec illius profeſſoris à partibus ſtamus ex Academia

Iulia,

Iulia, qui ex comœdiis Plauti, Polſticis Ariſtotelis, multas Iuris quæſtiones decidi poſſe exiſtimaverat. Hoc etiam delirum eſſe ut nihil magis, cum doctiſſimo Friſiorum profeſſore confitemur, nec mentem hanc fuiſſe Salmaſio putamus, ut ex Bione & Plauto decidi voluerit hanc controverſiam an Mutuum ſit alienatio. Multo etiam minus hæc mea ſit opinio, qui non aliud ſtudium profiteor nisi Iuris, ut in eo tantum me oblectem, & animum paſcam, non ut τα'ἄλφιτα inde mihi procurem. Non enim in foro cauſas elatro, nec è cathedra Theſes ventilo, ſed eas qui hæc faciunt animi gratia aliquando defrico. Videndum tamen, an Salmaſius cum aliqua ratione & colore ex variis & claſſicis auctoribus Græcis Latiniſque argumenta potuerit aliquot colligere, quibus veriſimile eſſe probaret, communi loquendo uſu non pro alienatione habitum fuiſſe Mutuum apud eos qui ſic loquerentur. Philoſophi, oratores, etiã poëtæ, & quidẽ comici, cum ex uſu & more vulgari loquutiones petant, non videntur aliud ſentire quam vulgus, nec aliter eloqui quod ſentiunt, niſi iuxta opinionem, non ſolum doctiorum, & honeſtiorum, ſed etiam plebis ipſius, cuius etiam

etiam exiſtimatio non eſt facienda nihili, cum aliquid enuntiare volumus quod ad omnium captum guſtumque accommodari oporteat. Pone mutuum eſſe alienationem, atque hanc fuiſſe omnium veteris ævi in Romano imperio Iuriſconſultorum conſtantem & confirmatam ſententiam, Græciſque pariter hominibus acceptam. Si quis Orator, vel philoſophus, vel poëta comicus, vel homo doctus ex plebe in ſcriptis ſuis aliquam ex mutuo comparationem trahere vellet, & loquutione inde tralata uti, ſi ita eam inſtitueret, ut eſſet contra naturam rei de qua metaphoram in ſermonem ſuam traduceret, nonne ſe deridendum etiam vulgo propinaret? Ecce mutuum ſit alienatio: proprium fiat illius qui mutuo rem accepit illud omne quod ei datum eſt: de eo nemo dubitet. In medium veniat philoſophus, qui mirificam ſe ſententiam proloquutum eſſe exiſtimet, ſi dicat, fortunam bona ſua non donare, nec propria cuiuſquam facere, ſed mutuò tantum dare. Quis hunc philoſophum ferre poſſet, & non exploderet, qui contra communem ſenſum iſta dictaret? Bion eſt qui dixit, τὴν τύχην, τὰ ἑαυτοῦ ἀγαθὰ, οὐ δωρεῖσθαι, ἀλλὰ δανείζειν. Quæ donantur,
pro-

propria fiunt illius cui donata ſunt, non repetenda nec revocanda ab eo qui dedit. Si mutuo data ſimiliter propria eius fiunt qui ea accipit, iam nihil eſt diſcriminis inter mutuum & donationem. Ridicule igitur Bion, qui *donare & mutuum dare* diſtinxit, cum æque proprium fiat, quod mutuo datur, eius, qui accipit, quam id quod donatur. Plautus etiam exſibilandus à ſcena, cum *mutuum* à *proprio* ſeiunxit. *Ego*, inquit, *cum illa facere nolo proprium. Quid ita? quia facio mutuum.* Qui hæc in ſcena ita pronuntiari audiebant, quomodo temperare potuerint à lapidibus in eum iactandis qui tam abſurda & falſa proloqueretur, neſcio. Procedat & Orator celeberrimus, qui eumdem ſolœciſmum commiſit in loquendo, contra Iuris regulas ſuo tempore receptas. Cicero eſt, in Tuſculanis quæſtionibus, ubi ſcribit, *naturam nobis uſuram vitæ tanquam pecuniæ dediſſe, nulla præſtituta die*. Imitatus eſt ſimul & explicavit verſum poëtæ ſibi familiaris:

Vitaque mancupio nulli datur, omnibus uſu.

Quæ mancupio alicui dantur, eius propria fiunt & perpetua qui accipit, cui

vero

vero ad uſum cōceduntur, ad tēpus tantū dantur, ut mutua pecunia, quæ repetitur ad libitum eius qui dedit, cum nullam repetitioni diem præſtituit. Qui uſurarias uxores capiebant, ad tempus tantum eas ſolebant habere, non ſtabili connubio iungendas. Hæ *propriæ* accipi darique uxores dicebantur, illæ autem ad brevem uſum ſumi. Vnde illud poëtæ:

Connubio iungam ſtabili, propriamque dicabo,
Omnes ut tecum meritis pro talibus annos
Exigat.

Ab uſurariis uxoribus, hæ propriæ & coniugio ſtabili iunctæ, ſeiunguntur. Fortuna ipſa, quæ non propria nec perpetua facit data, dum ad libitū quæ dedit revocat, mutuo illa dare dicitur, id eſt, utenda concedere, non in perpetuum nec propria eius futura qui accepit, nec mancipio poſſidenda. Nec aliter Iuriſconſulti ipſi loqui ſolent. Cum enim uſum à proprietate diſtinguant, quod mutuo datur, *utendum dari* dixerunt, & *uſuram* appellarunt mercedem quæ pro uſu pecuniæ mutuæ penditur. Sic ergo & proprium à mutuo quod utendum datur & commodatur, cum gratuitum eſt: vel locatur,

cum

cum uſurarium eſt, diſtinxerunt. Nam & ipſi verbis *commodandi* & *locandi* de pecunia quæ gratis utenda permittitur, vel ſub uſura datur, uſi ſunt. Salmaſius autem deciſionẽ huius quæſtionis ex Iure ipſo peti debere opinatus eſt, & vero etiam quod potuit, inde petiit, nec male id illii ſucceſſit. Sed inter alia quibus uſus eſt argumenta, commode putavit, etiam notiones, & loquutiones communes ad teſtimonium vocandas eſſe, quibus ſententiam ſuam confirmaret. Non enim veriſimile credidit, viros ſapientes & cordatos, ne poëtis quidem excipiendis, de contractu omniũ communiſſimo & maxime pervulgato in vita civili, aliter in ſcriptis ſuis quæ populo legenda publicabant, loqui voluiſſe, quam Iuriſconſulti ipſi ſentirent, & vulgus opinaretur. Pro ſecunda reſponſione profeſſor Friſiorum reponit, mutuum Iuriſconſulto Paulo ex eo appellatum perhiberi, *quod ex meo tuum fiat, & ideo ſi non fiat tuum non naſcatur obligatio.* leg.11.π.11.D. de rebus creditis. *Vndè*, inquit, *efficitur, pecuniam mutuam accipientis fieri propriam. principio l. de obligationibus quæ re contrahuntur.* De meo tuum fieri in mutuo fatemur. non enim ex eo procederet obligatio, niſi

hoc eſſet, nec nominis etiam *Mutui* ratio conſtaret. Vt mutuum enim fiat quod eſt reddendum, debet eius fieri qui accepit. Par enim pro pari tenetur reddere; quod eſt mutuum. Nec enim nominis etymum ex eo venit, quod *de meo tuum* fiat, quamvis certum ſit in mutuo de meo tuum fieri, id eſt, rem fieri accipientis. Age concedamus, & propriam eam fieri accipientis. Quid deinde? Quid conſequitur? Mutuum eſſe alienationem? Nihil minus. Species alienatur, & propria fit eius qui accepit, non tamen quantitas quæ mutuum conſtituit. Nolim tamen ea loquutione uti qua veteres nunquam uſi ſunt, ut dicerent, proprium fieri accipientis quod datur mutuo. Quod enim proprium cuiuſq; fit, id ab eo avelli non poteſt, ſtabile id & manſurum poſſidet. Qui vero accipit aliquid ut reddat, non id proprium poteſt habere. Alioquin inepte & inſulſe loquuti eſſent optimi auctores, qui *mutuum* à *proprio* diſtinxerunt. Quomodo proprium id eſſe poteſt accipientis quod datum eſt mutuo, cum *ſuum* ei nunquã dicatur, ſed *alienum*? Illi magis proprium eſt, cui etiam *ſuum* dicitur, ut creditori. *Suum* autem id, quod proprium cuique. Immo *proprium* plus

quam

quam ſuum. Suum quippe etiam eſt, quod ad tempus aliquis utendum accepit. At proprium eſt, quod non reddere tenetur. Si propria eſſet pecunia mutua accipientis, magis illi ſua eſſet quam ei qui dedit. Contrarium tamen uſurpari videmus à Iuriſconſultis, qui *ſuum eſſe* pro regula Iuris definiunt id quod nobis debetur, *alieuum* autem quod nos aliis debemus. Quamlibet fiat pecunia mutua accipientis, non tamen eius fit propria quam debet reddere. Demus tamen, & propriam eius fieri. Hoc de ſpecie tantum obtinebit quæ utendo apud illum conſumitur, non de genere ſive quantitate, quæ reddenda eſt, & in qua mutuum conſiſtit. Scite vir doctiſſimus dixit de fœneratoribus, *non illos de ſuo facere tuũ, ſed uſque & uſque de tuo ſuum facere.* Hoc ſolidũ crepat: in illis Doctorũ ſomniis inaniæ ſunt, & veritati contraria ludibria. Putabã, ſolis Luciis convenire, ut luſcitioſi viverent, ſed hoc ſuum etiam eſſe volunt profeſſores Friſiorum. Nam quale illud eſt, quod in hac Theſi pro bono guſtu in fine poſuit, *Recte etiam dici æs alienum meum.* Quæ Lucio dicta ſunt, ipſa etiam ſibi ſumat, & cum illo dividuum faciat, niſi totum accipere velit. Diſceſ-

ſuri tamen hinc ſumus, ut video, amici. *Opponitur*, inquit, *mutuum proprio, eo ſenſu quo pecunia credita debitori dicitur eſſe aliena*, leg. CCXIII. D. de verborum ſignificatione. *Nempe quatenus res, quæ pondere, numero, menſurave conſtat, alicui datur, ſub fide rem eam reddendi*. Nihil amplius volebam. Et hoc ipſum eſt, quod vetat mutuum eſſe alienationem. Petunt deciſionem ex Iure. Iam dedimus ex leg. LV. D. de ſolutionibus. Si nummi qui ſic dantur, ut reddantur, non alienantur, teſte Iuriſconſulto in ea lege, certe nec proprii fiunt accipientis, quia nemo proprium habere id putatur quod cogitur reddere. Nec refert utrum eamdem ſpeciem reddat an idem genus. Tale & tantum reſtituitur, quale & quantum eſt datum.

AD VII.

Obiicitur pro nono argumento à Salmaſio. *Finge*, inquit, *Teſtator hæredem ea conditione inſtitui, ne de bonis hæreditariis quicquam alienaret*. Nulla hic fictione opus. Si teſtator alienationem inhibuerit, aut lex, aut pactio contrahentium, quid Iuris? An hæres relictam ſibi pecuniam non poterit mutuam dare? An lege principis alienare vetitus, non poterit

credere? An denique ex pacto convento hoc idem ſibi interdici paſſus, ut pactis ſtet prohibebitur fœnerare? Sed in Teſtatore maneamus. Nam de reliquis in ſequenti Theſi diſputabitur. Hæredi ea conditione inſtituto, ut ne ei liceret quidquam ex bonis hæreditariis alienare, certe ne res quidem quæ pondere & menſura continentur, fas haberet alienando amittere. Quid reſpondent? *Teſtatorem qui bona ſua alienari prohibeat, non de omnibus omnino rebus in hæreditate repertis, etiam videlicet nummis, ſenſiſſe, intelligitur, ſed de bonis præſertim immobilibus, de fundis, de ædibus, quæ ad decus, ſplendorem & dignitatem familiæ retinent.* Hoc quidem ſæpius fit, & fieri adeo magis oportere fateor in rebus ſoli, ſed non omnium teſtatorum voluntates pares ſunt aut idem ſpectant. Alius quod honeſtum eſt tantum ac magnificum & familiæ decorum reſpicit in prohibenda duntaxat immobilium alienatione: alii ἰδιότροποι ſunt, & peculiares habent mores, & ex libidine potius propria teſtantur, quam ex eo quod debet fieri & ſolet. Quid ſi teſtator res fundi nullas habeat, ſed pecuniam numeratam, & in arcis poſitam grandem? Quid ſi ille quem ſibi deſtinat hæredem pro-

digus eſt, & nepos? Vetando alienationem huius pecuniæ, ſimul etiam diſſipari eam & profundi prohibebit. Sed unde, inquies, vivet iſte hæres, ſi lauta & opima hæreditate relicta uti frui ei non licebit? Nam in expendenda pecunia, & alienanda, uſus eius conſiſtit. Fœnerare eam non prohibetur, & ex uſuris vitam tolerare. Non enim mutui datio alienatio eſt. Atque ut ille qui vetitus eſt ędes hæreditate relictas alienare, poteſt eas locare & penſionem percipere, ita is cui pecuniam numeratã teſtamento interdictũ eſt alienare, locare tamen nominibus eam fas habebit, & ex uſuris vivere. Quid ſi teſtator nõ reliquerit niſi nomina, quia totam ſubſtantiam in credito habebat? Nonne prohibere teſtando poterit ea alienari? Quid ex ea inhibitione ſequetur? Vt nimirum hæres non poſſit debitũ remittere debitoribus teſtatoris, utq; pecuniam ab his receptam iterum occupare aliis cogatur. Præterea non in ſolis nummis conſiſtit mutuum, ſed in omnibus rebus, quæ pondere, numero, & menſura conſtant. Legimus apud Varronem de R. R. lib. III. cap. ult., Hirtium Cæſari *duo millia murænarum mutua dediſſe in pondus. Non enim*, inquit Plinius lib. IX. cap.

cap. LV, *permutare ea pretio voluit, aliave emere, ſed mutua appendit.* Villam cultam & vivariis piſcium inſtructam, muraenarum ut puta vel truttarum, ut nunc habentur, Teſtator haeredi relinquens, cum inhibitone ne piſces ex vivariis ac piſcinis alienaret, eos certe vendi ac permutari pretio aliave merce intelligeretur prohibuiſſe, non mutua dari in pondus. De ävibus varii generis, in villa vulgo ali ſolitis, aut voluptatis cauſa, aut etiam utilitatis, idē reſponderi poteſt. Turtures, columbas, & pavones, gallinas, alia id genus, vel canoras aviculas, ſi prohiberet alienari teſtamento dominus, non prohibere cenſeretur eas mutuas adnumerari. De leporibus leporario incluſis, aut gliribus glirario, idem dixeris. Immo etiam de ovium grege, vel caprarum, & aliorum minutorum animalium, quae ita poſſunt dari mutua, ut par numerus reddatur. Quid ſi teſtator reliquiſſet magnam vim plumbi aut aeris infecti vel ſtagni, cerae, picis, & aliorū huiuſmodi copiam ingentem, qui tamen ea nollet ab haerede ſuo alienari, nec alia conditione poſſideri ab eo poſſe caviſſet, an non patendum eſſet voluntati teſtatoris? Numquid, ſi ad pondus ea mutuo haeres daret, contrave-

niſſe videretur, nec impleſſe voluntatem teſtatoris? Nullo modo. Poſſet ex iis locatis quæſtum facere, & uſuras capere, haud ſecius atque ex pecunia numerata. Concludunt Theſin his verbis: *Plane teſtatorem, omnium bonorum alienatione prohibita, nummos quoque, & fructus hæreditarios, aliaſque res quæ ſervando ſervari non poſſunt, comprehendiſſe voluiſſe, nemo dixerit.* Nemini ſane id dicere licet, quia mutuum non eſt alienatio. Sed ſi conſtaret omnimodo eſſe alienationem, quis aliter poſſet dicere, quam, alienatione omnium bonorũ prohibita, res quoque, quæ pondere, numero ac menſura continentur, eadem inhibitione comprehendi? Sed cum tot res ſint in quibus mutuum conſiſtit præter nummos, cur nummos ſolos hic nominavit? An quia putavit magis abſurdum eſſe de pecunia numerata quam de rebus aliis? Non alienare exiſtimatur dotem mulier quæ eam marito dat, quamvis dominium eius tranſferat. Ea non ſolum rebus ſoli, ſed etiam pondere, numero, menſura continetur. Neutram tamen alienare cenſetur, cum utramque recipere debeat. Quod ad fructus hæreditarios pertinet, alia res eſt. Cum enim teſtator inhibendo res hæreditarias alie-
nari,

nari, non prohibeat fructus ex his hæredem percipere, nec fructus etiam conſumi iã collectos mortis tempore, vetuiſſe cenſetur. Et ſane in his locum habet quod aiunt, de illis rebus *quæ ſervando ſervari non poſſunt.* Sed minime in pecunia numerata id obtinet, quæ optime ſervatur, nec ſervando deperit, ſi loco tuto ſit, & à furibus libero. Sed nec lex quam citant ex Codice de Adminiſtratione tutorum, pecuniam inter res eas numerat quæ ſervando ſervari non poſſunt, ſed veſtes nominatim excipit, vetando venditionem bonorum pupilli à tutoribus fieri. *Exceptis*, inquit, *his duntaxat veſtibus, quæ detritæ uſu ſeu corruptæ, ſervando ſervari non potuerunt.* Ne de omnibus quidem veſtibus hoc permittit, ut vendantur à tutoribus ſine interpoſitione decreti, ſed de illis ſolis quæ iam detritæ & corruptæ, ferre ætatem non poſſunt quin totæ computreſcant ac dilabantur. Non ergo de integris & novis id conſtituit. Multo minus de pecunia. Vnde enim theſauri fiunt, niſi ex pecunia ſervata? Ante illam legem Conſtantini adſtringebantur tutores neceſſitate vendendi aurum, argentum, gemmas, veſtes, cæteraque mobilia pretioſa, & omnia eiuſmodi ad nummos re-

 digendi.

digendi. Quod prohibuit ea lege Conſtantinus. Nihil enim horum vendi voluit quæ ſervari poſſent, nec adærari. Non quia nummi pupillo conſervari nō poſſint qui inde redigerentur, *ſed quia ipſius pecuniæ, in qua robur omne patrimoniorum veteres poſuerunt, fœnerandæ uſus vix continuus & ſtabilis eſt, quo ſubſecuto, intercidente pecunia, ad nihilum minorum patrimonia ſæpe rediguntur.* Quæ tamen ridicula ſunt. Sæpe intercidit pecunia male collocata, & minus idoneis credita, ſed periculo tutorum, *ſi male credatur,* nec damnum ex ea re ſentit pupillus. Præterea æque bene ſervatur pecunia in arcis, ſi fœneratio eius non tuta ſit, nec ſtabilis, quam aurum infectum aut argentum, aut gemmæ, aut veſtes pretioſæ. Poteſt etiam deponi, & ſervari pecunia pupillaris, ex venditione mobilium redacta ad fundos comparandos. Eorum bene emendorum ſæpe occaſio occurrit, quæ elabitur, niſi præſens pecunia ſit. Volenti autem minori emere fundos, non ſemper in proclivi eſt veſtes & gemmas vendere, ut pecunia inde confecta eos comparet. Si repoſitam ex multo tempore habeat pecuniā, id facile licet, quoties copia bene emendi offertur. Nec plus porro

ro utilitatis minoribus afferunt veſtes & gemmæ in arca ſervatæ, quam pecunia ex his redacta, & in arcis pariter cuſtodienda. Deponi pecunias olim ſolitas pupillares ad prædiorum comparationem, docet lex VII. D. eodem. *Si deponi oportet pecunias ad prædiorum comparationem, ſiquidem factum eſt, uſuræ non current.* Sed hæc non ſunt huius loci.

AD VIII.

Obiecit decimo loco Salmaſius, *Iuſtinianum in leg.* ult. Cod. de rebus alienis non alienandis, *mutui dationem inter actum alienandi non retuliſſe*. Et merito ſane id à Salmaſio obiectum fuit contra mutui alienationem. Nam Iuſtinianus, in ea lege *alienationis* nomine etiam pleroſque contractus intelligi & comprehendi, voluit, quos veteris Iuriſconſulti inter alienandi genera non habuere, ut pignoris vel hypothecæ obligationem, emphyteuſin, & uſusfructus dationem. Si mutui datio, quam à permutatione & venditione perfecta non differre pronuntiavit Coprianus ab Ooſterga, profeſſor Iuris Vltraiectinus, Iuſtiniano inter alienationis ſpecies reponenda viſa eſſet, non eam omiſiſſet adnumerare alienandi generibus,

bus, quæ recenſuit, quorum pleraque multo minus id nomen merentur, vel iudicio doctorum, quam mutuum. Reſpondet celeberrimus Friſiorum profeſſor, in ea lege Iuſtiniani, *agi de prohibita rerum alienatione, quam vel lex, vel teſtator, vel pactio contrahentium inducit, rerum non quarũvis, non quantitatum, ſed corporum, prædiorum in primis, aliorumque bonorum in quæ cadit affectio.* Sed quis illi dixit de alienatione ibi agi non rerum quarumvis, non quantitatum, ſed corporum? An nummi non ſunt corpora? Paſſim Iuriſconſulti *corpora nummorum* appellant, ut Papinianus leg. XXIV. D. depoſiti. Centum libræ æris, centum auri, centũ, argenti in unam maſsã cõflati nonne corpus unũ faciunt? In hæc cadit mutuum. Supra docuimus quomodo quantitatem à corporibus diſtinguant Iuriſconſulti. Falſum etiam, quod hic aſſerunt, non quarumvis rerum aut quantitatum alienationem inhiberi ea lege Iuſtiniani. Hypothecæ & pignoris nexum etiam prohiberi ſancit prohibita alienatione. At pignori dari poſſunt infinitæ res quæ in quantitate conſiſtunt. Vt auri vel argenti infecti pondo, cera, nummi antiqui, & alia etiam mobilia plurima, quæ in mu-

tuum

tuū cadunt. More autē Doctorum innumeras hic leges produxit ſolis paragraphorū apicibus deſignatas, quæ nihil ad cauſam faciunt. Tandem vero pro Theſis clauſula hęc ſubiecta ſunt: *Et an nō ridicula fuerit conventio inter creditorem & debitorem, ne hic pecuniam creditam alienet?* Immo neutro modo ridicula deprehenditur, ſive ex noſtra opinione rem æſtimes, ſive ex vulgari Doctorum. Si mutuum alienatio eſt, ut placet Doctoribus, ea conditione potero mutuam pecuniam dare, ut accipiens eam non alienet, id eſt, alteri rurſus mutuam non det. Si mutuum, ut nos aſſerimus, non eſt alienatio, amico petenti à me mutuam pecuniam poſſum ſub hac lege dare, ut nullo alio modo eam diſperdat, conſumat, abutatur, ſed ut gratis à me ſumptam mutuo, alii grandi fœnore occupet, & ſic lucrum ex ea faciat. Poſſum rurſus eum adſtringere dum à me mutuatur, ut in alios uſus eam non convertat, nec omni modo alienet, aut permutet, ſed ut æs alienum ea diſſolvat, & nomina expungat. Hac lege data mutuo pecunia, ut aut fœneretur, aut ſolvatur creditoribus debitum, non alienabitur, quia mutui datio non eſt alienatio, nec ſolutio. Certe ſi petat à me mutuum dila-

dilapidator bonorum, & luxurioſus, hac lege me daturum promittam, ſi in fœnore eam ponere velit, aut æs alienum ſuum exonerare. Sic ea conventio inter me & illum fiet, quam ridiculam fore pronuntiavit dictus profeſſor, ne debitor pecuniam creditam alienet. Sic creditam alii iterum credi vetuero, ſi credere alienare eſt. Ita omni modo licita & poſſibilis ea conventio.

Ad IX.

Undecima obiectio Salmaſii. *Aevo Ciceronis in Topicis ad Trebatium lib.* III. *duæ tantum fuerunt alienationis ſpecies, mancipatio, & in iure ceſſio. Mutui igitur datio ea tempeſtate inter alienationum genera non fuit habita. Vlpianus item in fragmentis, inter genera dominiorum & acquiſitionum rerum, Traditionem etiam numerat. ſed ad hanc alienationis ſpeciem mutuum referri nequit.* Reſpondet eximius Friſiorum Academiæ profeſſor: *Mancipatio, quæ propria erat rerum mancipii, & in iure ceſſione civiles erant ac ſollemnes dominii transferendi modi. Non mirum itaque quod mutuum ab his fuerit ſeiunctum.* Nihil ne aliud habet quod reponat? Ergo iam vicimus, & mutuum non erit alienatio ex eo genere alienationum

quæ civiles erant ac ſollemnes. An erit ergo alienatio ex illorũ genere quas Iuris naturalis ratio admittit. Per traditionem igitur nobis acquiretur quod mutuo accipimus. Nam traditione naturaliter acquiruntur rerum dominia, non illa quidem nuda, ſed ita demum, cum ex iuſta cauſa traditæ ſunt nobis. Nam lex XXXI. D. de acquirendo rerum dominio, docet nos, *nunquam nudam traditionem transferre dominium, ſed ita, ſi venditio aut aliqua cauſa iuſta præceſſerit, propter quam traditio ſequeretur.* In his eſt cauſa permutationis, donationis, legati, & ſi ſimiles. An & cauſa mutui cum his numerabitur, ex quibus per traditionem naturale rerum dominiũ acquiritur? Cur igitur rem ſic nobis traditam mutui datione, dominio noſtro ita acquiſitam, in bonis noſtris non computamus, alienam habere dicimur, & ſuam eſſe ei qui tradidit, etiam poſtquam accepimus, opinio eſt? Sed & cum Salmaſius negavit, mutui dationem ad illam traditionem referri poſſe, qua naturaliter rerum dominium acquirimus, quid ad hæc reſpondet Academicus profeſſor? Vt ingenvus eſt non minus quam doctus, *agnoſcit. Traditionem quod attinet, nec ad hanc mutuum eſſe referendum.*

Ea

Ea maxime ratione, *ne cum Doctoribus vulgi communiſcamur*, inquit, *mutuum civile cui natura cooperetur*. Et ſane imaginarium hoc commentum eſt, & bene fecit dominus præſes quod illud ex corde & ore expuit. *Fatetur tandem, tranſlationem dominii quæ fit mutao, propriam quamdam habere rationem*. Hæc ipſiſſima eius verba ſunt. Non poterat apertius confiteri & declarare, dominii tranſlationem quæ fit in mutuo, non eſſe alienationem. Non eſt alienatio iure civili, quia non pertinet ad eas ſollemnes alienationes quas Ius olim civile ſolas & ſic proprie dicendas conſtituit. Non poteſt etiã referri ad traditionẽ, qua rerum dominia naturali iure ac gentium acquiruntur. Ex utroque genere iuris mixtum genus quo mutuum alienetur, non datur comminiſci. Et tale commentum veteri iuri incognitum, & rationi contrarium, refutat vir clariſſimus. Quid igitur reſtabit; quã concluſum habere, mutuum non eſſe alienationem? Nunquam enim nobis explicabunt quæ ſit illa propria ratio tranſlationis dominii in mutuo. Qualiſcunque illa ſit, communis etiam erit *depoſiti*, in quo tantumdem redditur, quod tamen non eſt alienatio. Sed

&

& locati atque etiam commodati, ut ſupra notavimus. Nec Ciceronis porro temporibus tantum, ſed etiam omnium Iuriſconſultorum qui vixerunt uſque ad tempora Iuſtiniani, hoc ius obtinuit, ut tres tantum alienationis ſpecies iure civili cognitæ haberentur, mancipatio ſive traditio nexu, in iure ceſſio, & uſucapio. Quę alia traditione tenerentur quam quæ mancipatione tradebantur, illa in bonis tantum eius cui tradita fuerant numerabantur, non ex iure Quiritum civili ea poſſidebant. Vlpianus in titulo de libertis: *In bonis tantum alicuius ſervus eſt, velut hoc modo. Si civis Romanus à cive Romano ſervum emerit, iſquè traditus ei ſit, neque tamen mancipatus ei, neque in iure ceſſus, neque ab ipſo anno poſſeſſus ſit. Nam quamdiu horum quid fiat, is ſervus in bonis quidem emptoris eſt, ex iure Quiritium autem venditoris.* Aetas illa Iuriſconſultorum tres has ſolas abalienationis ſpecies agnovit, quibus pleno iure dominia civiliter ac naturaliter acquiri poſſent. Quæ pura traditione acquirebantur, naturali tantũ iure cenſebantur acquiri, & in bonis eius qui acceperat computabantur, non tamen per alienationem acquiſita. Recte igitur emendavimus eiuſdem Vlpiani

verba ex titulo de dominiis, & acquiſitionibus rerum: *Traditio propria eſt rerum nec mancipii*, expuncta voce *alienatio*, quæ in vulgatis inſerta habetur. Nam certum eſt, *traditionem* qui modus erat naturalis acquirendi rerum dominii, non inter alienationem numeraſſe illius ævi prudentes. At ne per traditionem quidem tranſibat dominium rei mutuo datæ, quia nec in bonis eius erat cui dabatur, ſed in illius bonis manebat qui dederat. Vnde nec *tradi* mutuum dicebatur, ſed *dari*, nec *mutui traditio* unquam appellata eſt, ſed *datio*. Adeo autem nulla tum fuit uſitata hoc nomine Iuriſconſultis alienatio præter illas duas, cui & tertia adiungebatur, uſucapio, ut in pignoribus & fiduciis cõmiſſis non aliter eorũ dominium creditori acquiri poſſet quam mancipatione, & in iure ceſſione. Non enim ſatis erat, cõmiſſa ex pacto, vel lege cõmiſſoriã, pignora & fiducias creditori acquiri; debebant etiã cum iuris ſollemnitate per alienationem in dominium creditoris transferri. Res igitur mancipii ſi pignori aut fiduciæ eſſent datæ ſub lege commiſſoria, ubi commiſſæ erant, per mancipationem tradebantur creditori, & alienabantur à debitore. Sin vero

res

res eſſent nec mancipii quæ pignori vel fiduciæ erant obligatæ, in iure cedi eas oportuit à debitore creditori. Qui ſolus tum fuit modus quo res nec mancipii iure Quiritium civili ſolerent alienari. Et ſic omnino intelligenda ſunt quæ ſcripſit ex aliquo antiquiore auctore Iſidorus: *Fiducia eſt, cum res aliqua ſumendæ pecuniæ gratia, vel mancipatur, vel in iure ceditur.* Sed in eo erravit, quod mancipari credidit, & in iure cedi fiduciam, cum pecunia mutua ſumebatur. Non aliter quippe earum mancipatio aut in iure ceſſio procedebat, niſi poſtquam eſſent commiſſæ ex pacto, pecunia ad diem non ſoluta. Res autem mancipii, pignori, vel fiduciæ datæ, mancipabantur, id eſt, per mancipationem tradebantur creditori à debitore. Res nec mancipii eidem in iure cedebantur. Cum igitur eo tempore, & iure quod uſque ad Iuſtinianum duravit, omnium rerum dominia transferrentur ſine alienatione, quæ ſollemniter per mancipationem & nexum traditæ non eſſent, aut non in iure ceſſæ, Iuſtinianus hoc ſuſtulit diſcrimen civilium ac ſollemniũ alienationum, & traditionum ſimplicium, quæ dominium transferebant citra alienationem, ſta-

tuitque, omnem actum quo dominium tranſibat pro alienatione haberi. Sub Iuriſconſultis antiquis rei mutuo datæ cum nec traditione pura dominium tranſiret quæ rem in bonis accipientis conſtitueret, mutui datio non poterat dici nec haberi alienatio. Priſci illius iuris circa mutui datioñe veſtigiũ manſit in lege LV. D. de ſolutionibus, ubi ſcripſit Iuriſconſultus. *Non alienari nummos qui ſic dantur ut recipiantur.* Notarunt etiam hodierni Doctores, priſtini iuris notas extare aliquot in iure Iuſtinianeo, quas ille ubique funditus haud potuit abolefacere. Hoc diſcrimine ſublato ſic tandem factum, ut omnis actus quo transfertur dominium, pro alienatione ſit. Ita etiam alienatio extitit rei mutuo datæ in accipientem tranſlatio. Inde Tribonianus pupillum ideo mutuum dare non poſſe in Inſtitutis ſcripſit, quia nullam rem poſſet alienare. Ita etiam legem XVI. & legem XLI. D. de rebus creditis, incruſtavit & interpolavit, pecunias quæ mutuo darentur alienari interſerendo, quod veteribus Iuriſconſultis ut in mentem veniret, nec in ſomnis quidem nec in delirio potuit contingere. Nec enim traditione pura quo rerum nec mancipii dominia transferebanban-

bantur, alienationem procedere putarunt, quamvis in bonis deinceps accipientis eæ res computarentur quæ ſic traditæ fuiſſent. Et prorſus falſum eſt, quod in hac Theſi aſſeritur, res nec mancipii iure veteri Romano alienari ſolitas. Dominium hac traditione pura transferebatur, non alienabatur. At in mutuo ne traditione quidem nuda dominiũ transfertur. Quod ſi fieret, rem mutuo datam in bonis ſuis numeraret debitor, quæ non deſinit etiam poſt dationem in bonis creditoris computari. Nihil igitur tam contrarium fingi poteſt Iuri Quiritium quod duodecim tabulis præſcriptum fuit, quam mutui dationem poſſe dici alienationem, quæ nec traditio fuit pura, qua dominia tranſibant ſine alienatione. Iure autem novo Iuſtiniani quo omnis dominii tranſlatio pro alienatione haberi ſancita eſt, quamvis & corpora nummorum mutuo data alienari videantur, quia fiant accipientis, non tamen ipſe mutui contractus alienatio eſt, quia non conſiſtit in his nummorum corporibus. Hoc igitur ſemel ſtatutum ac definitum habeatur, nec iure novo nec priſco mutuum videri poſſe eſſe alienationem. Non eſt alienatio civilis ex iure Quiritium,

R 3 quia

quia tres tantum ſic proprie dictæ ſuere receptæ: Mancipatio, in iure ceſſio, & uſucapio. Non eſt alienatio naturalis iuris, quia nec traditio eſt, nec per traditionem accipientis fit res mutuo data. Qua traditione illud efficitur, ut in bonis accipientis numeretur, quod ſic eſt traditum. Non poteſt autem fingi genus alienationis quod mixtum ſit ex iure civili, & naturali. Non eſt ergo alienatio. Poteramus non ultra progredi, cum debellatum ſit. Sed reliquias perſequamur.

AD X.

Duodecima obiectio Salmaſii: *Depoſito, commodato, pignore, non contingit alienatio. Ergo nec mutuo, quia inter ſpecies obligationis quæ re contrahitur, hæc quattuor à Iuriſconſultis recenſentur.* Reſpondet profeſſor Academiæ Friſicæ: *Vitioſa eſt collectio. Non enim,* inquit, *quæcunque de depoſito commodato, pignore, affirmantur, vel negantur, de mutuo protinus affirmari negarive poſſunt.* Si dicerem, equo, aſino, mulo, non convenit plantarum definitio: ergo nec homini, quia inter animalia ſe moventia hæc quattuor à phyſicis recenſentur, an vitioſe colligerem? An aliquis vitioſam hanc

hanc eſſe concluſionem ea ratione argueret, quod quæcunque de equo, mulo, aſino, affirmantur, vel negantur, hæc eadem de homine affirmari negarive non poſſunt? *Depoſitum*, inquit, *commodatum, pignus, ſunt contractus bonæ fidei. Ergo & mutuum*? Sic etiam poſſem illi regerere: *Equus, aſinus, mulus, rationis ſunt expertes. Ergo & homo*? Subiungit vir acutiſſimus: *In depoſito, commodato, pignore, non transfertur dominium, ergo nec in mutuo*? Audiat à me contra hoc ἀμοιβαῖον: *In equo, aſino, mulo, non eſt ſermo articulatus. Ergo nec in homine*? Addit ſtatim profeſſor Iuris: *In depoſito, commodato, pignore, non præſtatur* θεῦ βία, *vis maior, caſus fortuitus. Ergo nec in mutuo?* Huic ego ſic ἀντιφωνεῖν etiam meo iure poſſum: *In equo, aſino, mulo non datur* θεῖ πνεῦμα, *vis mentis, & os ad cœlum erectum. Ergo nec in homine?* Subiicit iterum doctor excellentiſſimus: *In commodatum cadunt ſpecies ſiue corpora, ergo & in mutuum?* Sic etiam illi par pro pari repoſuerim: *In equum cadit, ut hominem quadrupes dorſo vehat: ergo & in hominem*? Plura eiuſdem generis addere fatigatus, tandem concludit. *Diſtinguendi contra ſunt, non movendi termini iuris. Sua cuique contractui conſtat natura, & forma, quam non poſſis*

tollere ſine abſurda ſynallagmatum metamorphoſi. Alternis dicemus: amant alterna Camœnæ. *Diſtinguendi contra ſunt, non miſcendi naturæ termini. Sua cuique animali proprietas ac forma, quam non poſſis tollere ſine abſurda* φυτῶν, ζώων, *&* ζωοφύτων *tranſmutatione.* Nunc videamus quorſum hæc dicta ſint omnia, & an vitioſe collegerit Salmaſius, mutuum eſſe alienationem, quia commodatum, depoſitum & pignus, quæ ſub eodem genere cum mutuo continentur, non ſunt inter alienationes. Equus, aſinus, mulus & homo, unum genus habent commune, quod eſt animal. Equus, aſinus, & mulus, plantæ non ſunt. Ergo nec homo planta eſt. Habent hæc ſingula animalia eorum quæ nominamus, ſuas proprietates quibus invicem diſtinguantur, cum unum genus habeant commune, quod eſt animal. Proprium hoc hominis eſt, quod ratione præditus eſt, qua cætera illa carent. Depoſitum, commodatum, pignus, & mutuum ſub uno quoque genere ſummo continentur, quæ eſt obligatio: proximum eſt, obligatio re contracta. In commune hi quattuor contractus ad hoc genus referuntur, ſub quo non continetur alienatio. Inter ſe autem differunt

runt ſuis quibuſdam naturæ proprietatibus, quæ non ſunt omnium communes. Mutuum à cæteris tribus ea re diſtat quod in eo tantumdem reddatur, non idem. Non tantum tamen à depoſito ſeiungitur quam homo ab equo. Nam ita tenui limite depoſiti & mutui diſcrimina conſtant, ut in depoſito idem ſæpe contingat quod in mutuo, ut nimirum fiat accipientis, & tantumdem, non idem ex eo reddatur. Inde eſt, quod & vocabula non raro quoque invicem permutentur, ut ipſa res ac ſignificatio alternatur. Nam & *deponi pecunia* in fœnore apud debitorem dicitur quæ mutuo ſub uſuris datur. E contrario *deponi pignus* apud creditorem. Vnde *depoſitum pignus* apud Paulum, & *depoſitio* pignoris, quod tamdiu manet apud creditorem, quamdiu pecunia mutua apud debitorem depoſita habetur. Omnium igitur harum obligationum quæ re contrahuntur, hoc commune eſt, ut reddatur quod acceptum eſt. Nam ad id contrahuntur. Proprium vero mutui eſt, ut non idem ſicut in cæteris corpus reddatur, ſed generis eiuſdem tantumdem. Quod tamen ſæpe etiam accidit in depoſito, locato, & commodato, ut iam dictum eſt. Quinetiam

commodati nomine Latine loquentibus non raro appellatur quod mutuo datur. Et verbum *commodare* frequenter ſumitur pro mutuum dare. Nam & promiſcue *utendum dari*, de utroque uſurparunt Iuriſconſulti. Non placet hoc doctiſſimo profeſſori, *& non citra duram vocabuli commodare κατάχρησιν pecuniam quæ mutua datur, commodari dici exiſtimat.* An durum videtur quod eſt uſitatum ? Quod non ſolum totæ aliquæ nationes, ſed etiam plures, notionibus & loquutionibus communibus celebrant ? Græci uno eodemque vocabulo χρῆσιν vocant mutui dationem, & commodatum. Omnes ferme Europææ gentes hodie eodem verbo utrumque contractum ſignificant, & *præſtum* appellant ac *præſtitum* æque quod mutuo datum eſt, & quod commodatum. Latini veteres ſimiliter *commodandi* vocabulo uſi ſunt in mutuandi ſignificatione. Nec Iuriſconſulti ipſi abſtinuerunt hac καταχρήσεως, ſi κατάχρησις, & non potius χρῆσις omnibus ferme gentibus frequentata. Si ratione pugnandum ſit, & proprietate verbi, non minus decenter & congrue aptari poteſt mutui dationi, quam ei rei in qua deſignanda videtur regnare. Quid eſt commodare?

modare?

modare? Gratificari uſum alicuius rei ad tempus, & gratis eam utendam indulgere. Quid aliud facit qui pecuniæ gratuitum uſum amico concedit? An aliter commodatur, vel utendus gratis datur nummus, quam liber, ſi ſpectetur gratificandi voluntas quam oſtendit ille qui alterius uſui & commodo proſpicit, dum rem ſuam ei utendam permittit? Aliter quidē libro utitur qui commodato eum accepit, aliter nummo illo cui commodatus eſt. Sed tamen uſus eſt utriuſque, quamvis in abuſu alter conſiſtat. Hęc iam ſępe iam à nobis inculcata ſunt, ut pigeat pudeatque hæc toties iterare. Vbi cunq; igitur commodati eſt ac depoſiti ad tempus vel utendi dati ſignificatio, & ad reddendum obligatio, & poſtea redditio, ibi non poteſt eſſe ullus alienandi intellectus, ſed nec affectus.

AD XI.

Objectio decima tertia Salmaſii ſic à doctore Friſiorum concepta eſt: *Quod ſemel alienatum eſt, ex aliqua cauſa non poteſt ex alia in eamdem perſonam iterum alienari per eumdem qui id alienavit. leg.* III. π. IV. *D. de acquirenda poſſeſſione. At quod mutuum ali-*

alicui dedi, poſſum poſt paucos dies eidem donare. An aliquid afferri poteſt, quo hoc argumentum eludatur? Immo eſt, & reſpondere ſe ad minorem dicit. Sed reſponſio eius, negatio eſt minoris. Ait enim, *pecuniam ſemel creditam adeoque alienatam non poſſe iterum ab eodem qui credidit, alienari in eumdem. Dominium enim non niſi ex una cauſa contingit, dicta* leg. III. & leg. CLIX. D. de R. I. Sed quid aliud quęſo facit qui rem ſibi debitam legat debitori ſuo, aut qui unum idemque debitum ei remittit, & chirographum reddit? Quomodo igitur poteſt fieri, ſi mutuum alienatio ſit, ut non idem ab eodem in eumdem videatur alienatum, cum alicui donatur quod debet? Modum reperit ſubtilis diſputator, quo commode id præſtari poſſit. *Actio,* inquit, *pecuniæ creditæ remittitur, alienatur.* Ergo non res ipſa quæ in actione eſt donatur, & alienatur, ſed actio tantum. Nunquam vidiſſe mę fateor maiorem ſubtilitatem, ſed addere etiam libet, nec magis ſophiſticam. Actio videlicet aliquid eſt diverſum à re ipſa quæ per actionem petitur, & obtinetur. Cur ergo placuit Iuriſconſultis eum qui actionem habet videri rem ipſam habere, ut eſt in leg. XV.
D. de

D. de R. I. *Is qui actionem habet ad rem recuperandam ipſam rem videtur habere.* Hoc mihi revocat in mentem facetum dictum cuiuſdam furis, qui cum ſuo pœnitentiario confeſſus eſſet, ſe funem quo equus ducitur, clepiſſe, non magnum id viſum eſt peccatum pœnitentiario, & levem pœnam pro levi crimine parabat imponere. Tum ille fur, qui ingenuus eſſet, & bonæ fidei, Atqui, inquit, funem illum equus ſequebatur. Ita plane ad hanc imaginem reſpondet noſter profeſſor, negando minorem argumenti Salmaſiani. Actio rei creditæ remittitur, donatur, alienatur. Sed ſi tam ingenuus eſſet quam ille fur fuit, & bonam fidem æque vellet agnoſcere, fateretur, actioni illi rem ipſam ſubeſſe. Idem eſt prorſum, ac ſi quis nuce integra ſibi data, diceret ſe putamen nucis accepiſſe. Sane, ſed ſub illo putamine etiam nucleus erat. Nuſquam legitur in iure, cum aliquis legat quod ſibi debetur, actionem legare rei creditæ, ſed quod in credito habet, quod in nominibus, quod ſibi debetur, quod in actione etiam habet, ut in leg. XXXIV. D. de auro argento legato: *Id enim quod ſuum eſſet, non quod in actione haberet.* Sed nec qui debitori legat quod ille

ſibi

ſibi debet, non dicitur actionem ei remittere, ſed liberationem legare. Vnde titulus in Pandectis, De liberatione legata. Cuius legati hic effectus eſt, ut ſi petatur debitum, debitor exceptione uti poſſit: ſi non petatur, poſſit agere, ut liberetur per acceptilationem, ut ſcribitur leg. VI. π. III. D. eodem. Cæterum in eo titulo ubique *remitti debitum* dicitur, non actio, ut leg. VII. aut *legari Seio*, & *donari quidquid ſortis* & *uſurarum nomine debet*, ut leg. XXVIII. π. II. D. eodem. Cum donari ibi dicatur à teſtatore quod ſibi debetur, nonne in eamdem perſonam alienatur quod iam in ipſum fuerat alienatum ab eodem teſtatore per mutui dationem? Et ſane ineptum eſt, diſtinguere hac in re actionem à re ipſa, cum actio propter rem inſtituta ſit, non res propter actionem. Non enim alio fini datur actio creditori adverſum debitorem, quam ut compellatur ſolvere, ſi ſponte ſua id facere nolit. Bona vero nomina, aut appellata ſtatim reſpondent, aut etiam priuſquam appellentur, ad diem ſolvunt. Utut ſit, qui actionē habet, rem ipſam habere videtur, leg. XV. D. de regulis. Qui condictionem ſive actionem rei creditæ, ſine mutui,

tui, adverſum debitorem habet, rem ſuam non amittit. Nec ergo alienat. Si alienata crederetur, liberatione legata debitori, eiuſdem rei dominium ex gemina cauſa in eadem perſona contingeret, quod contra Iuris eſt regulas, ut eſt leg. clix. D. de Regulis iuris: *Non ut ex pluribus cauſis deberi nobis idem poteſt, ita ex pluribus cauſis idem poſſit noſtrum eſſe.* Debitor ex cauſa mutui, & ex cauſa donationis ſive legati, poſſet eſſe dominus eiuſdem rei creditæ primo, mox & donatæ vel legatæ. Quod nec leges nec iura ſinunt.

Ad XII.

Decimum quartum Salmaſii argumentum opponitur Mutui alienationi: *Si mutuum eſt alienatio, nullum erit diſcrimen inter mutuum & donationem.* Reſpondet Theſium auctor, ac præſes: *Negatur conſequentia.* Rationem addit ſuæ negativæ. *Etenim donatio,* inquit, *fit ex mera liberalitate, ea mente, ut qui donat ſtatim velit rem accipientis fieri, nec ullo caſu ad ſe reverti quod donatum eſt, aut tantumdem.* Si donatio, quæ apertis & confeſſis rebus eſt alienatio, ita celebratur, cum omnia fiant contraria in mutuo, & alio animo & affectu dentur,

tur, nō poteſt videri eſſe alienatio, niſi quis duo contraria in una ſede morari velit. *Nec enim mutui datio ex mera liberalitate fit ea mente, ut qui dat mutuum, ſtatim velit rem accipientis fieri, nec ullo caſu ad ſe reverti quod mutuo datum eſt, aut tantumdem.* Quæ per negandi particulam invicem opponuntur, una eademque definitione comprehendi non poſſunt. Ita differt Mutui datio à donatione. Si alienatio eſt ergo donatio, non poteſt id eſſe mutui datio. At ſi mutuum alienatio eſt, non poteſt alienatio videri, niſi propter eam ſpeciem, quæ mutuo datur, & fit accipientis, & de meo tua. In hanc vero ſpeciem ea omnia fere concurrunt quæ dominus profeſſor de donatione dixit. Fit accipientis, eo animo datur ut nunquam revertatur ad eum qui dedit, & eo animo datur à domino, ut nec ullo caſu ea ipſa ſpecies ad ſe redire queat. Conſumitur, diſſipatur, perditur, alienatur à debitore quocunque modo vult. Si Mutuum in hac ſpeciei datione conſiſſit, ut placet omnibus ferme Doctoribus, qui & formam huius contractus in datione ſive in dominii rei in accipientem tranſlatione poſitum eſſe affirmant, fruſtra negat conſequentiam Salmaſianæ aſſertionis

Frane-

Franekeranus profeſſor. Nullo quippe modo differt hoc caſu mutui datio à donatione. Donatio, inquiunt, eſt δόσις ἀναπόδοτος, *datio irrevocabalis*, vel ut ita βαρβαρώτερον ſed σαφέστερον dicam, *irreddibilis*. Speciei quæ mutuo datur datio, eſt etiam ἀνάποδοτος. Ea nunquam redditur ei qui dedit, ſed ab accipiente conſumitur, cui quod libet ex ea facere, licet. *Sin vero*, ut profeſſor hic ponit, *mutuum alicui datur ſub fide rem eamdem reddi in genere, non in ſpecie eadem*, cum hac deſcriptione Mutuum non poteſt eſſe alienatio. In nullum quippe genus alienationis hoc cadit, ut res alienetur & tradatur alicui ſub fide rem eamdem reddi in genere, non in eadem ſpecie. Tum Mutui contractus forma, non conſiſtet in datione ipſa & rei dominii in accipientem tranſlatione. Nā illa non redditur. Per hanc eſſet alienatio non diſſimilis donationi ſed ſimillima. Quod autem idē redditur in genere, in hac redditione generis eiuſdem, & quantitatis, conſiſtit omnino mutuum, ac proinde non eſt alienatio, quia non alienatur genus, nec quantitas, quæ eadem reddi debent.

AD XIII.

Pro decimo quinto argumento obiectum eſt à Salmaſio, *Si mutuum eſſet alienatio, ſequeretur; Eccleſias quibus quoquo modo ſua alienare vetitum eſt, non poſſe mutuum dare ſub uſuris*. Reſpondetur huic obiectioni à clariſſimo profeſſore: *Negando conſequentiam*. Ego vero male negari aio. Nec rationem quæ ſubiicitur ullius eſſe momenti. Tametſi enim de rebus immobilibus præcipue intelligatur illa inhibitio alienandi Eccleſiis facta, ſi mutui datio eſſet alienatio, cum generaliter loquatur conſtitutio de omni alienatione, hæc etiam comprehendi deberet, niſi ſi excepta foret. Et ſane excipienda fuiſſet. Iulianus in conſtitutione illa Iuſtiniani de rebus ad venerabilia loca pertinentibus non alienandis, verbum *alienationis continere* ſcribit, *venditionem, donationem, permutationem, & emphyteuſeos perpetuum contractum*. Non ſolum autem donatio rerum ſoli inhibetur ea conſtitutione, ſed etiam rerum mobilium. Nec enim licentiam habent præfecti Eccleſię, earum rerum quæ ad Eccleſiã pertinent, & pondere, numero ac menſura continentur, donationes facere. Si enim de ſolis

ſolis immobilibus ſancita eſſet conſtitutio non alienandis, poſſent dicere archimandritæ, & monaſteriorũ Maiores, licentiam ea lege ſibi datam vaſa Eccleſiæ uſibus inſervientia donandi, & pecuniam numeratam, & alia quæ libitum eſſet cũque. Atqui nec vaſa ipſa Eccleſię donari licuit nec alienari, nec pignerari, ut in ipſa lege dicitur, π. VIII. *Quomodo punitur qui ſacra vaſa, vel donat, vel alienat, vel pignerat, vel conflat, & de panibus civilibus.* Si pecunia quæ creditur, etiam alienari putaretur, non oblitus eſſet Iuſtinianus & de ea nominatim cavere aut excipere. Et ita omnino fuit neceſſe. Nam ſi mutui datio pro alienatione habita tum fuiſſet, etiam inhibitio mutui pariter eſſet comprehenſa verbo *alienandi*, aut certe nominatim excipi debuiſſet. Idem Iuſtinianus, leg. ult. Cod. de rebus alienis non alienandis, cum lex alienationem inhibet, aut teſtator, aut pactio contrahentiũ, pignoris nexum, & hypothecæ, prohibitum intelligi ſanxit. Pignus ad res mobiles pertinet, & earum multas quę in mutuum cadunt. Ergo & illarum oppigneratio inhibita Eccleſiis intelligitur, quæ prohibentur res ſuas alienare. Si Mutui datio alienatio eſt, ut conten-

dunt Doctores, aut fuit comprehenſa generali nomine alienationis, aut nominatim fuit excipienda. Non igitur mutuum alienatio.

AD XIV.

Decimum ſextum argumentum Salmaſii fuit: *Si in mutuo pecunia à domino qui dat alienaretur, & illi acquireretur qui accepit, uſuras pro ea pendi nulla ratio permitteret. Nemo enim pro ſuo dat uſuras, nec penſiones, ſed pro alieno.* Reſpondet Theſis; *vitioſam eſſe illationem.* Ego vero, reſponſionem eſſe vitioſiſſimam. Ratio quam adiicit, non eſt melior. *Nam debitor,* inquit, *pro uſu pecuniæ creditæ præſtat uſuras, quas creditori ſibi ſolvi ſtipulatus eſt.* Unde, aut quo iure, aut pro qua re uſuras ſtipulatus eſt creditor à debitore? Utrum pro aliena an pro ſua? Si pro re ſua, id non caret ratione. Nam & qui ædes locat, paciſcitur pro iis penſionem. Pro re eas exigit quam locavit, & pro re aliena eas pendit qui cōduxit. Si ſuas ædes iſte habitaret, ut habitat alienas, nullam penſionem ſibi ipſi deberet, nec cuiquã alii pro ſuis ædibus. Si pro re aliena uſuras ſtipulatus dicatur creditor qui pecuniã ſuã alienavit, hoc plane ridiculum, & rationi contrarium,

tium, ut quiſquam ex re aliena fructum percipiat, mercedem exigat, & penſionem flagitet. Si rem ſuam alienavit eam credendo, quid ultra ex illa petit? Cur pro ratione temporis currere uſuras ſibi præſtandas, donec ea res reſtituatur, poſtulat? Quod ea debet reſtitui, iam hoc non eſt alienatæ ſignum. Quod pro medii temporis curſu & uſu pecuniæ debitæ uſuras eius quaſi mercedem poſcit, nec hoc argumentum alienatæ, & quod debetur pecunia, & quod pro uſu eius uſuras quoque deberi ſibi vult. *Vſura*, inquit hic doctor, *definitur merces quam pro uſu ſortis creditæ debitor creditori præſtat.* Omnia hæc alienationem refutant, *uſura, merces pro uſu.* Ergo utenda data, non donata nec alienata. *Pro uſu ſortis creditæ*: Ergo non alienata, quia credita. *Debitor creditori præſtat*: Non eſt debitor, qui ex aliqua iuſta cauſa rem ſibi traditam naturaliter acquiſivit, aut aliquo alienationis civilis titulo eam poſſidet. Addit profeſſor: *Et hæc merces ſano ſenſu, pro alieno præſtatur*, ſecundum ea quæ Theſi XI. *diſputationis præcedentis propoſita.* Deſinat in poſterũ nos ad eam Theſin remittere, & quæ in ea propoſita ſunt, cũ omnia ea iã confoſſa & cõfecta iaceant, atq; cõfutata. In-

 terim

terim nobis dat quod non putat ſe dare. Tanta quippe vis eſt veritatis, ut invitis, quia imprudentibus, plerumque eius confeſſio excidat. Quid enim hæc ſibi volunt? *Et hæc merces ſano ſenſu pro alieno præſtatur.* Et quid aliud voluit Salmaſius? Si pro alieno præſtatur uſura ſive merces pecuniæ creditæ, non pro ſuo penditur. Non ſua quippe ea debitori dicitur, ſed aliena. Pro aliena igitur pecunia uſuras præſtat. Quod cum ſit, nec contractus videtur diverſi generis confudiſſe Salmaſius, ſive Alexius à Maſſalia, cum ſcripſit, non magis ex aliena pecunia quæſtum facere qui eam collocat fœnore, quam qui ex alienis agris aut ex alienis ædibus penſionem percipit, qui has inquilino, eos colono locat. Oſtendat diſputator, qui hic exclamat, *Quid quæſo eſt contractus confundere, ſi hoc non eſt?* hoc à iure & legibus prorſus abhorrere quod ſcripſit Salmaſius, ut in hac Theſi prædicat. Nonne *collocare*, id eſt, mercede pacta locare pecuniam, dixere Iuriſconſulti quæ occupatur fœnore? Nonne *alienum æs habere* ille dicitur, cui pecunia ſic locata eſt? Nonne *ſuum* eſſe iidem pro regula iuris poſuerunt, quod nobis debetur? Si verũ eſt, quod cõtra-

trario plane axiomate quidã interpretes iuris concludunt, ex aliena re, ex nummis in debitorẽ tranſlatis domino invito fructus creditori quæri, ideoque non eſſe ferendam in republica bene conſtituta fœnerationem, nihil erit falſius quam quod Iuriſconſulti veteres pro regula iuris ſtatuerunt, *Alienum æs eſſe quod nos aliis debemus, æs ſuum eſſe quod nos aliis debemus.* Quid eſt, leges ac iura pervertere, & contrarias receptis Iuriſconſultorum ſententiis regulas conſtituere, ſi hoc non eſt? Sed in hac obiectione Salmaſii concipienda cur omiſit Friſius profeſſor ſimile prorſus eiuſdem argumentum ex emphyteuſeos contractu petitum referre ac refellere? Eam veteres ideo non cenſuerunt eſſe alienationem, cum cætera alienationis haberet, ob hoc unum, quod penſionem pro agro ſibi in perpetuum locato, præſtaret emphyteuticarius colonus. Pro re alienata à domino, & ſui iuris ac dominii facta, nihil deinceps ſolvit annuatim is cui tradita eſt. In mutui contractu, atque in emphyteutico, par plane ratio militat, & qui hanc in emphyteuſi non potuit refellere, vix ſperet ſe poſſe in mutui datione refutare. Ideo prudenter, & callide fecit argutus doctor, qui ſilentio eam

prætermiſcerit. Supprimit aſtutus, quæ ruſticus edit inepte.

AD XV.

Decima ſeptima obiectio Salmaſii ex Theophilo petita, qui lib. II. Inſtitutionum Tit. IX. π. IV. dicit, *ſervum domino ex re domini acquirere, qui pecuniam ab eo accepit, ut eam fœnori daret.* Quis non inde colligat rem eſſe domini eã quę in fœnore poſita eſt, ex qua ſervus domino acquirit? Reſpondet primo Theſium ventilator, *Theophilum ineptas ſubinde interpretationes præter verba Iuſtiniani interiicere.* Nugatoria plane & nihili reſponſio. Theophilus aliquando erravit: ergo & hîc? Probandum fuerat hic eum erraſſe. Nihil agit qui litem lite reſolvit, & errorem revincit errore. Theophilum non hic peccaſſe, ſed rem eſſe creditoris quæ in fœnore poſita eſt, non eius qui accepit, omniũ Iuriſconſultorũ veterum ſententia eſt, non ſolũ Theophili. Quomodo enim aliter interpretabimur quod toties iam inculcatum eſt, *æs alienum* eſſe debitori quod debet, *ſuum* creditori quod illi debetur? In bonis noſtris computari quod nobis debetur, non quod debemus? Demonſtret contrarium eſſe verum, ac

dici poſſe, aut dictum id à Iuriſconſultis fuiſſe; & vincat. Dubitaſſe de primæ reſponſionis firmitate videtur qui alteram quaſi ad fulciendum adiecit. Sed nec ſecunda fortior, & præterea etiam falſa. Quid vetat, inquit, Theophilum ſic intelligi, ut ſervus qui *pecuniam domini fœnore occupat, domino ex re eiuſdem acquirat, id eſt, ex fœneratione pecuniæ dominicæ actionem paret domino ad uſuras petendas?* Non cepiſſe videntur boni iſti & acuti viri mentem Theophili. Eam nos expoſuimus ſupra in diſquiſitione de Mutuo, cum Lucium iugularemus. Inde petat lector quibus hæc Theſis confodiatur. *Pecunia*, inquit, *domini credita ſub uſuris, res domini dicitur, quia ex bonis eius profecta.* Hęc etiam abſurda ſunt & ridicula. Sic pecuniam quam donavi, vel alio genere prorſum alienavi, poſſem meam ſemper vocare, quia mea aliquando fuit, & ex meis bonis profecta eſt. Pecunia vero credita non ſolum mea quod ex meis bonis aliquando profecta ſit, ſed in meis bonis computatur eo ipſo etiam tempore quo tenetur à debitore. Sed nec quidquam meis bonis adiicitur, poſtquam eam reddidit ac mihi ſolvit. Vnde & inutile eſſe legatum Iuriſconſulti ſcribunt, *ſi debitor creditori ſuo quod debet*

 lega-

legaverit, ſi nihil plus eſt in legato quam in debito, quia nihil amplius per legatum habet. Inſt. lib. II. De legatis. Qui dat mutuo *acquirit obligationem*, ut eſt in leg. XXII. D. de ſolutionibus. Non igitur ſuum quod dedit amittit aut diminuit. Quod ille facit qui obligationem contractam & ſibi acquiſitam remittit, liberando debitorem, ut eſt in eadem lege. Quod ad errorem attinet quem volunt Theophilum commiſiſſe cum dixit illud *fere* ſupervacuum eſſe, veriſſime ſic ille ſenſit. Et, ſi error eſt, Tribonianus hũc erraverit nũ Theophilus. Scribitur in eo Inſtitutorũ loco, *eum ad quem uſusfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominum effici quam ſi ipſe eos perceperit. Et ideo ſi maturis fructibus nondum tamen perceptis deceſſerit, ad hæredes eius non pertineri, ſed domino proprietatis acquiri.* Sequitur deinde ac ſubiicitur protinus, *eadem fere & de colono dicuntur.* Non agitur de comparando colono cum fructuario in aliis cauſis quam in ea quæ hic tractatur. Dicit fructuariũ non aliter effici dominum fructuum quam ſi ipſe eos perceperit & collegerit. Ideoque ſi maturis fructibus, & nondum à ſe collectis deceſſerit, pertinere eos ad dominum proprietatis: *Idem dici de colono.* Si colo-

colonus decedens ante perceptos fructus tranſmittit eos ad hæredem, non ad locatorem ſive dominum fundi, ut conſtat ex Inſt. III. Tit. de locationibus, nulla poteſt fieri comparatio hac in re coloni & fructuarii, cum plane diverſum ius in hoc quam in illo fuerit. Tum illa vox *fere* otioſa in totum eſt. Nec enim ullum temperamentum adhiberi licet in duobus contrariis, vel per negativam particulam diſparatis. Nec dici hoc poteſt quod aiunt, iſtam temperandi vocem ideo eſſe additam, quia licet in perceptione fructuum colonus & fructuarius comparantur, in aliis tamen differant. Vox illa temperandi non ſolet adhiberi, niſi cũ eadem res paulo aliter in uno quam in altero eiuſdẽ naturæ propoſito habetur. In rebus aut cauſis diverſis non uſurpatur. Hic totum ſuũ panem in cœna comedit, ille fere totum, id eſt, paulo minus quam totum. Atque ita de cæteris. Sic in hoc themate fructuarius non fit dominus fructuum, niſi eos perceperit. At colonus fit dominus etiam ſi non ipſe perceperit, quia ad hæredem eos transfert. Nullus hic locus voci *fere*. Sed nec in illo caſu, ſi dicatur, Fructuarius non fit dominus fructuum, niſi à

ſe perceptorum; idem dici fere poteſt de colono. Quis hoc intelligere queat de aliis cauſis in quibus colonus & fructuarius comparantur? Ergo ad eam cauſam ſolum de qua præceſſit, referri debet comparatio coloni quæ ſequitur. Idem iuris eſt in illo quod in fructuario. Cur dicitur *fere*? Si totum diverſum eſt, nec *fere* hic locum habet. Si non idem eſt omnino tale ius in colono quod in fructuario quantum attinet ad perceptionem fructuum, id fuit explicandum. Colonum fructus ad hæredem transferre, liquet ex π. ult. Inſt. de locatione conductione. Ubi *inepte etiam Theophilum* dicunt *in perceptione fructuũ diſtinguere inter colonum qui nummis aut parcibus colit*. Nihil tale puto dici eo loco à Theophilo. De conductore eum paragraphum interpretatur, qui in quinquennium conduxit fundum. Si primo aut ſecundo anno conductionis ſuæ deceſſerit hic colonus, ad hæredem eam transfert, ut diſerte teſtatur lex x. Cod. de locato. Ibi reſcribit imperator Gordianus, *in conductionibus ſuccedere hæredem conductoris, cum ſive perpetua ſive temporalis etiam ad hæredem tranſmittatur*. Nec in perpetua igitur conductione, quæ eſt emphyteuſis, nec in temporali, ut ea quæ
in

in quinquennium contracta eſt, habet locum quod hic in Inſtitutis dicitur, cum in perceptione fructuum colonus comparatur fructuario. Nulla enim poteſt fieri in hac cauſa utriuſque comparatio, ne temperandi quidem particula adhibita, cum in totum diſſimili iure ambo & conditione ſint. Fructuarius non tranſmittit ad hæredem fructus, ſi ante eorum perceptionem deceſſerit. In conductione ſuccedit hæres coloni, ſive perpetuarius ſit, ſive temporalis. Ideo autem Theophilus de quinquennali conductore locum illum Inſtitutorum expoſuit, *mortuo conductore intra tempora conductionis hæredem eius intra eodem iure in conductione ſuccedere*, quia aliqui erant coloni qui in ſingulos tantum annos conducere agros ſolebant, de quibus eſt apud Hygenum, de limitibus conſtituendis, *alii per annos, alii vero mancipibus ementibus, id eſt, conducentibus in annos centenos, alii quinos*. In annua condictione videtur plane locum habuiſſe quod hic ſcriptum eſt, de comparatione fructuarii & coloni in fructibus percipiendis, & ad hæredem minime tranſmittendis, ſi ante collectos fructus deceſſiſſent. Si talis colonus & fructuarius in hac cauſa per omnia æquiparan-

parantur, non opus fuit addere *fere*. Et recte notavit Theophilus, quem non puto adeo imperitum iuris quod in conductionibus eo tempore obtinebat, ut iſtic errare potuerit. Inter annuum autem conductorem diſcrimen eſt, ac temporalem. Nam temporalis conductio ut minimum de biennali intelligenda eſt. Sed ut plurimum, ſi excederet conductio annuum tempus, uſque ad quinquennium extendebatur de more. Annuæ igitur condnctionis colonus ſi maturis iam frnctibus deceſſiſſet, & nondum perceptis, collectio eorum ad dominum pertinebat, non ad hæredes, qui mercedem etiam domino nullam prꝫſtabant. Quinimmo iidẽ impenſas ad fundi culturam illo anno factas à colono poterant repetere. Hoc igitur caſu ita ſimiles ſunt fructuarius, & colonus annuæ conductionis, ut adverbium illud extenuandi locum in eorum comparatione non habeat. Vt morte autem fructuarii finiebatur uſusfructus, ita & conductionis annuæ colono decedente, conductio etiam finiebatur. Ideo fructus ſuos non faciebat niſi quos ipſe perceperat. Et cũ colonus ſimpliciter dicitur, de annuo conductore intelligitur. Ita certe intel-
lexiſſe

lexiſſe Theophilum non eſt dubitandum. Nos quoque ſupra fructuarium & colonum ita comparavimus, quantú ad dominium attinet, ut hac ſola differentia diſcerni voluerimus, quod fructuarius uſum habeat gratuitum, colonus mercede redemptum. Si fructuarius autem dominus appellatus eſt, ut conſtat ex iure, etiam colonus hoc nomine merebitur nuncupari. Vnde & coloni hæres *pro domino poſſidere* dicitur. Sic enim legendum, non *domino poſſidere*, leg. LX. π. I. D. locati. *Hæredem coloni quamvis colonus non eſt, nihilominus pro domino poſſidere exiſtimo.* Dominium etiam transferri conductione, ſupra oſtendimus. Et *dominum* dici fructuarium: ergo colonum.

Ad XVI.

Decimum octavum Salmaſii argumentum: *Res legatarii inutiliter ei legatur.* π. X. Inſt. de legatis. *Atqui pecunia credita legari debitori poteſt.* Tit. D. de liberatione legata. Reſpondetur: *Non ipſam pecuniam creditam, ſed remiſſionem actionis quam teſtator habet legari.* Iam ſupra oſtenſum eſt, ridiculam hanc eſſe & ineptam reſponſionem, & vero ac γονίμῳ Iuriſconſulto indi-

indignã. Si Coprianus aliquis hanc obiectionem, vel hoc argumentum Salmaſianum, ita diluere inſtituiſſet, ferrem. Quid enim ab illo homine niſi ridiculum & inſcitum poteſt prodire? Si actio diverſum quid eſt à pecunia credita, certe debitori poterat legare utiliter & efficaciter debitum creditor. Quid enim? Actionem tantum habuit creditor. At debitor rem ipſam ei legat. Cur ergo leges voluere, tale legatum eſſe inutile? Quia nihil amplius per legatum habet, quam per debitum creditor. Ergo actio, & res ipſa eodem loco ſunt. Nihil enim per ſe actio eſt, niſi quatenus ad rem recuperandam valet. Vnde & leg. CXIV. D. de V. S. *Id apud ſe quis habere videtur de quo habet actionem. Habetur enim quod peti poteſt.* Cum pecunia ex mutui cauſa debita legatur debitori à creditore, non actio proprie ei legari dicitur, ſed obligatio. Obligationes iuris ſunt noſtri. Eas acquirere dicimur cum eas contrahimus, ut eſt in leg. XXII. D. de ſolutionibus. In bonis noſtris computantur, ut & ipſæ actiones, vel potius id quod in actionibus eſt. Sic enim recte ſcribitur leg. XLIX. D. de V. S. *Aeque bonis adnumerabitur etiam, ſi quid eſt in actionibus, petitionibus,*

nibus, perſequutionibus. Et leg. XLIV. *Si quid in actione haberet.* Nõ actio ipſa opponitur ei quod ſuũ eſt proprie. Sed res ipſa eſt, quæ in actione habetur. & bonis noſtris adnumeratur quod in actionibus eſt, ſive obligatio. Et leg. XXI. D. de verborum ſignificatione: *Princeps bona concedendo videtur etiam obligationes concedere.* Id eſt, omnino etiam obligationes concedit. Immo ipſæ etiam actiones *meorum* & *tuorum* nomine intelliguntur. leg. XCI. Id eſt, in noſtris bonis computantur. *Meorum & tuorum appellatione, actiones quoque contineri dicendum eſt.* Hinc & ſæpe obligationes Græci ἀγωγὰς vertunt, id eſt, actiones. Dantur enim actiones propter obligationes. Inſtitutorum lib. II. Tit. de rebus corporalibus & incorporalibus, *rerum incorporalium* nomine cenſentur *ea quæ in iure conſiſtunt, ſicut hæreditas, uſusfructus, uſus, ac obligationes quoquomodo contractæ.* In hæreditate res corporales continentur. Quod ex obligatione re contracta nobis debetur, corporale eſt, ut pecunia numerata, ex mutuo, ſed ipſum ius hæreditatis, & ipſum ius obligationum, incorporale eſt. Ideo *alienatio* definitur *rei ſuæ iuriſque ſui in alium tranſlatio. Rei* nomine intelligitur quod corporale: *iuris*

appellatione quod incorporale eſt,ut obligatio. Ergo quę in iure conſiſtunt,æque noſtra ſunt, & ea æque in alium poſſumus alienare quam res ipſas corporales. Obligationem igitur ut alienare, ita & legare poſſumus non ſolum illi qui eam non debet, ſed ipſi quoque debitori. Quo pacto non actionem illi remittimus, ut inepte hic reſponſum eſt, nam nullam ipſe contra ſe habere actionem poteſt, ſed obligationem ſive ius obligationis, & quod in actione habemus, rem ipſam nempe quam nobis debet.

AD XVII.

Pro decima nona obiectione, & ultima, Salmaſius oppoſuit, *Carolum Molinæum in tractatu de uſuris, ſcripſiſſe, mutuationem non eſſe alienationem, ſed adminiſtrationem.* leg. XI. π. II. D. de rebus creditis. Cum Salmaſius conſcripſit Diatribam de Mutuo ſub Alexii à Maſſalia nomine, nondum viderat quæ Molinæus commentatus de ea re fuerat, & putabat, ſibi primo hoc veniſſe in mentem, mutuum non eſſe alienationem. In præfatione ad Beverovicium de calculo Carolum Molinæū ſuæ opinioni confirmandæ teſtem adduxit. Non ipſi autem viſum

ſum

ſum aut pellectum fuiſſe Molinæum cum Diatribam illam compoſuit, vel eo argumento probari poteſt, quod rationes quibus Molinæus uſus eſt, non adduxerit, quæ potentiſſimæ tamen ſunt, & rem plane conficiunt. Molinæi auctoritati, qui tantus fuit Iuriſconſultus, quid opponere poteſt profeſſor Friſius, & Germanus doctor? Reſpondet, *Molinæum non negare, pecuniam in mutuo alienari, ſed eam prorſus abſolute, ac in totum alienari, & quaſi pro derelicta haberi negat, ita nempe, ut animum repetendi, omnemque recipiendi ſpem creditor depoſuerit.* Hæc inepta ſunt, & præterea etiam falſa. Nec enim Molinæus, quemadmodum ex ſubiectis eius verbis iam patebit, tam imperitus fuit, ut dixerit, mutuum fuiſſe quidem alienationem, ſed non plenam neque abſolute perfectam. Hoc Vltraiectinis profeſſoribus liceat dixiſſe, qui mutuum minorem eſſe alienationem in Theſibus ſuis poſuerunt. A qua opinione non multum, ut videtur, abeſt profeſſor Franekeranus, qui, quod ipſe ſentit, Molinæo adfingere non dubitat, pecuniam quidem in mutuo alienari, ſed non prorſus, nec abſolute. Atqui ſi quæſtio ſit de nummorum corpore vel ſpecie quæ datur, non

poſſunt inficias ire quin abſolute & prorſus alienetur, quandoquidem perire apud accipientem debet, nec unquam poteſt ad dantem redire. Sed in his corporibus nummorum mutuum non conſiſtit. Nam ſi conſiſteret, ut ipſi in perpetuum & irrevocabiliter, vel, ut barbare diximus, irreddibiliter, ἀναφαιρέτως καὶ ἀναποδότως alienantur, ita etiã mutuum pro alienatione plena & perfecta eſſet numerandum. Sin autem de quantitate agatur, quam debitor reddere tenetur, & ad quam reddendam obligatio contracta eſt, cum ea non alienata cenſeatur nec minore nec maiore alienatione, mutuum per eam non poteſt eſſe nec magna nec parva alienatio. Vt enim obligatio res eſt incorporalis, ita quantitas, quia ad eã obligatio contracta, incorporalis habetur. Quantitate quippe data, contracta eſt mutui obligatio ad quantitatẽ eamdẽ reſtituendam. Nam quantitatem debet is qui rem mutuo accepit, non corpora. leg. XLVI. D. de condictione indebiti. Quæ lex nummos qui debentur à rebus corporalibus ſeiunxit. Item leg. XCIV. D. de ſolutionibus. Sed de his iam ſupra contra Lucium. Nunc verba Caroli Molinæi non gravabor adſcribere ex duobus

locis

locis de Tractatu uſurarum,ut quæ fuerit eius ſententia de mutuo non alienato, doctoribus noſtris conſtet, ne amplius eā recipere dubitent quaſi à philologo profectam,cum viderint auctorem eā habere præſtantiſſimum, & celeberimum iuriſconſultum. Numero XVII. ita ſcribit de his quæ in mutuo requiruntur: *Sed tertium, & quartum eſt, propria & ſpecifica differentia Mutui. & propter quartum differt ab emptione reditus, ſive perpetui, ſive temporalis, in qua recipiens, ſive venditor, nullo modo obligatur ad reſtituendum pretium, ſive pecuniam ob id acceptam, neque in corpore, neque in genere, ſed prorſus & perpetuo alienatur, ſine ſpe unquam repetendi, cuius ex diametro oppoſitum eſt in mutuo. In quo licet pecunia fiat accipientis, non tamen libere nec prorſus abalienatur, quia mutuatio non eſt alienatio, ſed adminiſtratio, textu in lege* Rogaſti, *§. Si fugitivus. Vbi Alexander, Decius, & omnes, no.* Si certum petatur. *Quia vertitur in creditum, & recipiens obligatur ad reſtituendum idem genus, non in abſtracto, quod nihil eſt, ſed veram & realem ſubſtantiam, genere & qualitate, non individuo corpore eamdem certam.* In his verbis, ut liquido perſpicitur, abſolute ac ſimpliciter dicit, *Mutuum non eſſe alienationem, ſed adminiſtrationem*, & ex diametro

tro opponi emptioni reditus, in qua accipiens ſive venditor nullo modo tenetur ad reſtituendum pretium, ſive in genere ſive in corpore, ſed prorſus & perpetuo alienatur. Nec prorſus ergo nec perpetuo nec omnino alienatur in mutui datione quam illi venditioni ex diametro oppoſitam dicit, quia in ea accipiens obligatur ad reſtituendum idem genus, non in abſtracto, quod nihil eſt, ſed veram & realem ſubſtantiam. Pergit deinde: *Et hoc eſt, quod vult textus ille vulgaris, & clariſſimus, ſophiſtarum ineptiis obſcuratus, & à noviſſimis incurrioſe lancinatus, & tranſpoſitus, in leg. 2. mutui datio, de rebus creditis. ubi dicitur, quod res mutuabiles recipiunt in genere ſuo functionem, id eſt, formalem & ſubſtantialem æquipollentiam, ut una res fungatur vice alterius uniformiter, & ſubſtantialiter, idque per ſolutionem, id eſt, ſolvendi facultatem, ſpecie, ut habet vera littera, vel, ſecundum vulgarem lectionem, quæ in idem recidit, potius quam per ſpeciem, id eſt, magis quam per ipſum corpus individuum mutuo traditum. Non enim illud individuum eſt, in obligatione. Rurſus nec genus abſtractum, aut quod incertum, ſed certa ſubſtantia, quæ certitudo non eſt reſtricta ad ipſum corpus in individuo mutuatum, ſed ad ſubſtantiam eiuſdem generis, qualitatis &*

& quantitatis, quod per ſolutionis facultatem, pulcre velut experimento palpabili agnoſcitur. Quia ſi ipſum corpus mutuatum attendas, eſt faculdas ſolvendi aliud pro alio. Si vero genus, qualitatem, & quantitatem, non eſt facultas ſolvendi aliud pro alio. Immo quia obligatio non eſt contracta ad ipſum corpus mutuatum, ſed ad idem in genere, & quantitate, non offenditur etiam in mutuo, ſed ſtat illibata regula, quod aliud pro alio ſolvitur, præſertim quia id quod ſolvitur recipit functionem, ideoque ſubrogationem conſubſtantialem & identificam, cum re mutuata. Quæ functio accidit & fit per ſolutionem, id eſt, ſolvendi facultatem, quia ſatis eſt tantumdem ſolvere, non autem per ſpeciem ſive corpus mutuatum. Hoc quod obiter menti occurrit, adnotandum viſum eſt, quod doctores ad uſque ſuis ineptiis textum clariſſimum obſcurarunt, & iuvenum ingenia, quæ maturare debuerant, perturbaverunt. Satiſne clarum eſt, & manifeſtum ex iſtis, Mutuum non crediDiſſe eſſe alienationem? Eadem repetit, & hanc ſententiam, de Mutuo, quod non ſit alienatio, clarius inculcat numero CCCCXLIX. *Præcipuum,* inquit, *proprium & peculiare veræ & formalis uſuræ eſt, quod ſors non ſit prorſus alienata, ſed ad libitum creditoris repeti poſſit.* Non dicit, ut dicere cum vult doctor Friſiorum,

 ali-

aliquatenus ſortem in mutuo alienari, quaſi non neget, pecuniam in mutuo alienari, ſed eam prorſus & abſolute & in totum alienari. Immo prorſus negat alienatam eam eſſe, quia ad libitum creditoris poſſit repeti. Et hoc eſſe fundamentum verum uſurarum quæ non poſſunt ſubſiſtere ſine ſorte, quæ quaſi fundus earum eſt. *Vnde ſi ſors*, inquit, *omnino & perpetuo ſit alienata, nullo modo eſt nec eſſe poteſt vera uſura, cum ſine ſorte vel fundo ſubſiſtere nequeat. Si vero alienata quidem ſit quod ad corpora numerata, ſeu eorum proprietatem, ſed non quoad genus, quia remanet obligatio ad eamdem quantitatem generis & bonitatis, tunc eſt verum mutuum, & accedente auctario vera & formalis uſura. Et hoc caſu ſi obligatio ſortis eſt pura, nullo modo etiam proprie loquendo dicitur ſors ipſa alienata, ſed ad uſum precario conceſſa, id eſt, ad voluntatem creditoris mutuata, ſive gratis, ſive ſub formali uſura.* Ecce plane & aperte negat ſortem ullo modo alienari, id eſt, quantitatem, ſed ad uſum tantũ concedi, ſive gratuitum, quæ eſt velut commodatio: ſive ſub uſura vel mercede, quæ eſt locatio pecuniæ, ut ſupra docuimus poſt Salmaſium. *Sors enim*, addit, *proprie non ſunt illa corpora in individuo, quæ numerata ſunt,*

nec in illis poſt traditionem ſubſiſtit. Abeunt enim in creditum. hinc deinceps non ſunt periculo creditoris. Sors autem ipſa de qua loquimur, non eſt quid momentaneum, nec tranſiens, ſed res permanens: non qualitas vel accidens, nec nudum abſtractum, ſed vera & realis ſubſtantia eiuſdem generis, quantitatis & bonitatis, cuius erant corpora in quibus numerata fuit. Non igitur ſubſiſtit in dictis corporibus, quæ tranſeunt in poteſtatem debitoris, ſed in ſubſtantia eiuſdem generis, eadem quantitate & qualitate determinata, ut nove diximus ſupra num. 18. *Et hæc ſubſtantia, ſive obligatio ad dictam ſubſtantiam, ſi eſt pura, eſt ſolide in poteſtate ſolius creditoris, & non debitoris, & ſic nullo modo alienata dicitur.* Eat nunc, & nobis perſuadere conetur profeſſor Friſius, Molinæum non negare, pecuniam in mutuo alienari. An poterat diſertius exertiuſque id negare? Subiicit deinde: *Caſus eſt rotundus*, in leg. Rogaſti, §. fugitivus, de rebus creditis. *Vbi ſervus habens ſimplicem adminiſtrationem peculii, poteſt mutuare. Et ibi Alexander, & alii notant, quod mutuum de ſe non dicitur actus alienationis, ſed adminiſtrationis. Tunc autem recte dicitur alienata in totum, ſi hæc obligatio in totum eſt remiſſa.* Molinæus & alii doctores quos

allegat, de certiſſima iuris ſcientia ita ſenſiſſe videntur, Mutuum non eſſe alienationem. Hoc etiam Vlpianus clare tradidit leg. LV. D. de ſolutionibus, *nummos, qui ſic dantur, ut recipiantur, non alienari.* Poſthac an aliquis ſit futurus doctor Iuris aut profeſſor, vel cauſarum patronus, qui iſti aſſertioni plauſum deneget, ſane neſcio: ſed plane ſcio ſi quis ſit qui pertinaciter vulgarē & receptā tot iam ſæculs opinionem defendere ulterius audeat, ludibrium eum debiturum doctis omnibus, & bona mente præditis, atque in vera ac ſolida legum ſcientia exercitatis Iuriſconſultis. Ex his quæ diſputata ſunt, iam puto liquere omnibus, non irrito ſucceſſu labefactare conatum eſſe vulgarem doctorum αἵρεσιν Salmaſium. Et rectius feciſſet profeſſor iuris in Franekerana Academia, ſi à tam inauſpicata falſiſſimi dogmatis defenſione contra Salmaſium abſtinuiſſet, ex qua amplum dedecus exiguo Theſium libello retuliſſe iudicabitur. Nunc Germanum alium profeſſorem Vltraiectino & Franekerano comitem dabimus, cui non melius ſucceſſit, quam duobus prioribus, alienatorium pro obligatorio

rio mutui contractum procudere ſatagenti. Vtinam & Andegavenſis, quem accepi aliquid eſſe meditatum in hoc argumento contra Diatribam Alexii, quartus his tribus edito ſcripto ſuo accedere voluiſſet. Sic quadrigæ profeſſorum victorem inſiſtere licuiſſet, & triumphum plenum & omnibus numeris abſolutum ducere. Si aliquando prodierit, ſeorſim ovatione traducetur. Sed priuſquam Friſium dimittam, quæram ab eo, cur decem ac novem tantum Salmaſii obiectiones contra mutui alienationem recenſuerit, cum addere vigeſimam debuerit, *Si Mutuum alienatio eſt, ex parte dantis, erit acquiſitio dominii ex parte accipientis.* Cur hanc omiſit obiectionem diluere? An nihil potuit invenire quod reſponderet, noluit autem tam ſtulte reſpondere, quam Lucius Verus, Coprianus, & Tabor? Hæc eſt commoditas diſputandi de quacunque re per Theſes. Seligunt quæ favere ſibi arbitrantur, & in ſyllogimos mittunt. Quæ nocent, conſtanter omittunt. Vel unicam hanc obiectionem vigeſimam ſi recte diſſolvere potuerit, fatebor, imperitiæ

ritiæ nota merito aſpergendos fore, qui dogma hoc, *Mutuum non eſſe alienationem*, propugnarunt. Si non facit, viderit ipſe, an non illi potius parem cenſuram mereantur, qui tam inepte vulgariú doctorum axioma tueri aggreſſi ſunt. Facetum eſt, etiam quod addit, male ceſſiſſe philoſopho Senecæ, cum Iuriſconſultos laceſſere auſus eſt, hæreditatis & rerum hæreditariarum differentiam inter argutas Iuriſconſultorum ineptas argutias referens lib. VI. de Beneficiis. Quid illi inde mali evenit? Nempe vellicarunt hoc eius dictum certatim Doctores Iuris. Ius eſſe dicunt hæreditatem, non corpus, corporales autem eſſe res hæreditarias. Quaſi ignoraverit Seneca, hæc à Iuriſconſultis iactari. Hoc ipſum eſt, quod carpit, & ineptæ argutiæ nota adſpergit. Certe hæreditas non conſtat ſine rebus hæreditariis. Res autem ipſæ hæreditariæ conſtituunt hæreditatem. Vnde & hæreditatem Cicero definiit, ut iam alii notarunt, *pecuniam eſſe quæ alicuius morte ad alium perveniret*. Pecuniæ nomine veteres corpora omnia comprehenderunt rerum mobilium

lium ſolique. Vnde & pecunia etiam fundus, ſicut ſupra docuimus. Inepta eſt etiã argutia, cum quantitas, in qua mutuum conſiſtit ac quæ debetur creditori, diſtinguitur à rebus ipſis, & corporibus quæ pondere, numero, & menſura conſtant. Non enim abſtractum quid eſt illa quantitas, vel ius inane, ſed vera, ut inquit, Molinæus, ac realis ſubſtantia, eiuſdem generis, qualitatis, & quantitatis, cuius erant corpora quæ ſunt credita. An etiam male ceſſit ipſi Ciceroni, cum iuriſprudentiam ſuæ ætatis ſalſe defricuit in ea pro L. Muræna, cum dicit, inaniſſimam eſſe prudentiam, totam eſſe moroſarum formularum, in ſingulis litteris & interpunctionibus verborum occupari, & ineptiis in ea fucata eſſe omnia? Eam totam immutatam, & interpolatam à Iuſtiniano, hodierni Doctores, ſophiſticæ ſcientiæ magis addicti quam veræ ac ſolidæ prudentiæ dediti, cavillatiunculis ſuis, & diſtinctiunculis, penitus perdiderunt, magna ex parte iam pridem Triboniani imperitia confectam. Haud ſcio, an etiam mihi male ceſſura ſit hæc veritas. Sed iuris

ris ſophiſtas parvi facio, dum veræ ſapientiæ ac ſcientiæ candidati iudicent me verum dicere. Hoc idem cavillandi ſtudium Theologiam plane perdidit, ac peſſumdedit.

FINIS.

ELENCHUS ἘΚΘΈΣΕΩΣ DE MVTVO,

EX IURISPRUDENTIÆ METHODICÆ

Partitionibus elementariis,

IOHAN. OTTONIS TABOR
I. V. D.
COD. ET FEUD. PLACIT.
PR.
In Univerſitate Argentoratenſi.



LUGDUNI BATAVORUM,
Ex Officina IOANNIS MAIRE.
CIↃ IↃ C XLIV.

ELENCHUS
ἘΚΘΕ΄ΣΕΩΣ
DE
M V T V O.

Auctore

IOHAN. OTTONE TABOR

I.V.D. & PR.

ARGENTINENSI.

POTUERAM ſuperſedere iſto Elencho. Nam omnia quæ dici poſſent pro Salmaſiana contra cõmunem Doctorum opinionem, iam occupata ſunt prioribus libris. Et nihil novi iſte præter alios attulit, quod novam mereri videatur aut præcipuam refutationem. Præterea præfationem Salmaſii tantum legiſſe videtur, in qua ſtrictim aliquot argumenta Salmaſius & obiter attigerat, quæ facerent ad confirmandam ſuam ſententiam. Poſtea ſub nomine Alexii à Maſſalia in Diatriba peculiari, luculen-

tius hanc materiam pertractavit. Quam ſi vidiſſet Tabor, fortaſſean de rigore ſuo ac pertinacia aliquid remiſiſſet ſtandi pro vulgata. Quoniam autem & hic ex Profeſſorum Iuris numero eſt, pari quoque honore videtur cum aliis excipiendus, ut ei reſpondere dignemur, ne ſe præteritum ſilentio virtutibus ſuis & doctrinæ iniurioſo queri poſſit. Quo animo venerit ad reprehendendum Salmaſium, ſtatim in principio declaravit, ubi ſcribit, locos quos ille ex Heſychio & Agrœcio adduxit, cum de Mutui etymo commentaretur, è Cuiacio ſumpſiſſe. Non enim ſcilicet legit Heſychium Salmaſius, nec Agrœcium. Vt oſtenderet autem ſuam in Græcis peritiam, *Mutuum* à Græca origine derivat, quaſi μȣ̃ τεόν, quod ex meo tuum fiat. Quo in etymo reperiendo ſcite admodum duas voculas ex diverſis ſumptas dialectis miſcuit. Nam μȣ̃ ex communi dialecto, τεὸν ex Aeolica, & Dorica. Definitiones Mutui quas produxit revinciunt plane, Mutuum non eſſe alienationem. Prima eſt: *Mutuum eſt creditum quantitatis, datum ea lege, ut eadem quantitas reddatur.* Et quod *creditum eſt*, & quod *quantitas* ea lege datur, ut eadem reddatur, non alienatum

videri

videri debet quod ſic datum eſt. Secunda eſt: *Mutuum eſt contractus, quo hoc agitur, ut non eadem ſpecies quæ datur, ſed alia eiuſdem generis, creditori quandoque reddatur.* Idem istud genus quod in Mutuo reddi debet ſpecies eſt philoſophorū. Nec ergo alienatio eſt, quod ea cōditione datur, ut pro corpore, vel indidividuo quod datum eſt, eadem ſpecies philoſophorum, vel idem genus Iuriſconſultorum reddatur. Nunc videamus quomodo argumenta Salmaſii refellere tentarit. Nam & ordine quo ea diſpoſuit, illum ſequemur.

I.

Scripſit Salmaſius primo, *nullum Iuriſconſultorum dixiſſe mutuum eſſe alienationem.* Ipſe reſpondet, *Multa dixiſſe Iuriſconſultos re ipſa quæ non dixerunt* κτ̓ ῥητὸν, *& iis quibus nunc doctrinæ cauſa utimur terminis.* Ego vero dico, cum Iuriſconſulti Mutuum ſub genus obligationum re contractarum redegerunt, re ipſa, & κτ̓ ῥητὸν, de Mutuo pronuntiaſſe, non eſſe alienationem, quia voluerunt eſſe obligationem ex earum genere quæ re contrahuntur. Deinde etiam dico, κτ̓ ῥητὸν eos negaſſe Mutuum eſſe alienationem, cum dixerunt, *nummos, qui ſic dantur, ut re-*

piantur, non alienari, ut eſt in leg. LV. D. de ſolutionibus. Tertio etiam dico, terminos quibus hodie utuntur doctrinæ cauſa, & quibus ſtatuunt mutuum eſſe alienationem, eſſe valde improprios, & ineptos qui naturam huic contractui contrariam inducant, dum pro obligatione re contracta ad reddendum quod eſt datum in genere, alienationem faciunt. Addit profeſſor Argentinenſis, *meliore iure ſe retorquere, vix ullum Iuriſconſultorum dixiſſe, mutuum tranſlationem dominii non continere.* Planius explicemus quod ille involute & obſcure dixit, *Omnes Iuriſconſultos ſcripſiſſe, mutuum continere dominii tranſlationem.* Immo etiam addamus, & hoc ſcriptum à quibuſdam, pecuniam quæ mutuo datur, & cuius dominium in accipientem tranſit, alienari quoque. In illa ſpecie, vel in illo pecuniæ corpore quod alienatur, non conſiſtit forma mutui. Ex hac enim huius datione contrahitur obligatio ad reddendum, quæ obligatio non poteſt eſſe alienatio, ut nec quantitas videri alienata; qua data, obligatio naſcitur, & quæ eadem reddenda eſt, ut obligationis diſſolutio & liberatio contingat. Alienatio parere non poteſt obligationem ad reddendum. Ergo

go illud oportet minime alienari quod obligationẽ parit, & redditionẽ importat. Ea eſt quantitas: ad eam obligatio contrahitur, ideo eadem reddenda eſt. Si contraheretur obligatio ad eam ſpeciem quæ data eſt, ipſa deberet eadem reddi. Nõ poteſt autẽ reddi, quia fit accipientis, & ab accipiente conſumitur: ideo aliud oportet eſſe quod detur nec alienetur, ut poſſit reddi. Ea eſt quantitas, id eſt, numerus, pondus & menſura, in quibus conſiſtit mutuum, & proinde non eſt alienatio, quia his conſtat quæ non alienantur.

II.

Salmaſius ſecundo dixerat, *ſi mutuum eſt alienatio, haud differt ab donatione.* Profeſſor Argentinenſis hanc Salmaſii obiectionem ita retulit: *Si mutuum alienatio, non erit donatio.* Quod quid ſit non aſſequor. Ipſe ita reſpondet ad monſtrum quod finxit, *deſideraturos hic logicos rationem connexionis.* Ego vero ipſum docebo quomodo ratio connexionis huic obiectioni Salmaſianæ conſtet. Si Mutuum eſt alienatio, non poteſt eſſe alienatio niſi ratione eius ſpeciei quæ mutuo datur, & fit accipientis. Ita autem fit accipientis, ut

etiam alienetur in perpetuum, nec unquam redeat ad dantem. Non poteſt autem alienatio dici mutuum niſi per hanc alienationem. Ergo mutuum ſi eſt alienatio, eo modo quem dixi, nō poteſt differre à donatione. Subiicit profeſſor Argentinenſis: *Ego dicam, donationem pro pacto ſumptam convenire cum mutuo in genere, differre forma & fine.* Ergo idem genus eſt donationis & mutui. Atqui mutuum refertur ad genus obligationum quæ re contrahuntur. Donatio igitur erit etiam obligatio re contrahenda. Cum omnis porro definitio debeat conſtare genere, & differentia, ſic poterit ac debebit definiri mutuum: *Mutuum eſt alienatio, contracta ad idem in genere reddendum.* Genus donationis eſt alienatio. Quod enim donatur quacunque ex cauſa, alienatur. Si mutuum & donatio in genere conveniunt, definitio mutui talis erit danda, quæ genus ipſum eius contineat, & formam ſive differentiam. Alienatio igitur erit in qua idem reddetur genere, & quantitate. Sed rurſus ſi forma differt à donatione, id eſt, ab alienatione, mutuum; forma eſt quæ dat τὸ εἶναι contractibus. In donatione id agitur, ut nihil reddatur. Hæc eſt forma donationis,

quæ

quæ alienatoria eſt. In Mutuo contra, id agitur, ut reddatur. Hæc forma eſt mutui, quæ nihil minus eſt, quam alienatoria. Mutuum ergo non eſt alienatio.

III.

Tertia Salmaſii obiectio hic ponitur à profeſſore: *Si mutuum recenſetur inter alienandi modos, neceſſe erit & reponi inter acquirendi dominii genera. At inter ſex modos acquirendi quos Vlpianus enumerat, mancipationẽ, traditionem, uſucapionem, in iure ceſſionem, adiudicationem, legem, non comprehenditur mutuum.* Reſpondet dominus profeſſor, *confundere Salmaſium, id quod ſtudioſi qui ſub illo diſputant, accurate vel ex Treutlero ſuo norunt diſtinguere, cauſas, & titulos cum modis acquirendi dominii.* Male ergo factum à Salmaſio quod illum Treutlerum non legerit. Potuiſſet enim inde diſcere cauſas, & titulos cum modis acquirendi dominii; quos ideo nunc confundit, quoniam Treutlerum legere noluit. Sed qua in re Salmaſius eos titulos & cauſas ipſi viſus eſt confudiſſe? Immo omnes diſtinxit ex Vlpiano: quos ille cum doceat ſex fuiſſe tã naturales quã civiles acquirendi dominii modos, ſuis cauſis & titulis diſtinctos, nullum horum convenire Mu-

tuo dixit. Atqui ſi mutuum eſt alienatio ex parte dantis, oportet ut ſit acquiſitio ex parte accipientis. Non poteſt autem eſſe acquiſitio dominii niſi concurrat cum aliquo titulo, cauſa & modo eorum quibus rerum dominiā acquiruntur. Duplici autem modo generaliter ſumpto acquiri dominia ſolēt, aut civili aut naturali. Civiliter acquirūtur, per alienationes iure civili uſitatas, ac receptas olim quādiu ius Quiritum viguit. Eæ tres omnino fuerunt, ut Salmaſius docuit, nec diffitentur ſanioris iudicii Doctores, mancipatio ſive traditio nexu, in iure ceſſio, & uſucapio. Nulla harum trium civilium & ſollemniū alienationum in mutui dationem quadrat. Sequitur ergo ut inter acquiſitiones quæ iure naturali per traditionem fiunt, mutui datio computetur. Hîc etiam diſtingui oportet cauſas, ac titulos cum modis acquirendi, & conſtituendi dominii. Nuda enim traditio nunquam transfert dominium, uti eſt in leg. XXXI. D. de acquirendo rerum dominio, niſi aliqua iuſta cauſa tradendi præceſſerit. Oſtendant, inter cauſas, ex quibus transfertur dominium per traditionem, aliquam reperiri quæ *ex mutui cauſa* vocetur. In toto illo titulo de ac-

quirendis rerum dominiis nulla uſpiam mentio extat rei ex cauſa mutui traditæ & acquiſitæ. Nec in titulo Inſtitutorum de rerum diviſione inter modos acquirendi naturaliter per traditionem dominii ullum veſtigium reperitur Mutui dationis. Sed admonet hic nos clariſſimus iuris profeſſor, *advertendum eſſe, contractus dominii tranſlativos non ideo dici quod ad ſubſtantiam dominii transferendi pertineant: ſed quia pertinent ad probationem voluntatis transferendi dominii.* Secundum hanc admonitionem, & animadverſionem, Mutuum non debet reponi inter huiuſmodi contractus dominii tranſlativos. Nec enim in eo probari poteſt, dominum pecuniæ mutuo datæ animum aut voluntatem habuiſſe dominii eius ita transferendi, ut prorſus à ſe id alienaret.

IV.

Quarta obiectio Salmaſii qua velut ad abſurdum Doctores deducere voluit, ex communi aſſertione, *Quod Eccleſiæ nimirum quibus ſua quocunque modo alienare vetitum eſt, non poſſint mutuum ſub uſuris dare, ſi inter alienandi ſpecies mutuo eſſet locus.* Reſpondet profeſſor Argentoratenſis, *nec poſſe ſane Eccleſiarum prælatos ſine ſcitu ſuperioris,*

rioris, & ſollemnibus quæ in Eccleſiaſticis alienationibus aliis requiruntur, mutuo dare pecuniam. cap. 1. de rebus Eccleſiaſticis non alienandis, &c. *Et ſecus facientes mortaliter peccare ſtatuunt.* Ἅμας ἀπήτουν, οἱ δ᾽ ἀπηρνοῦντο σκάφας. A iure civili ad Canonicum nos revocant, & à mutuo veterum ad emptionem redituum quę hodie in uſu ſunt. Quæſtio fuit, an ex cônſtitutione Iuſtiniani, qua vetuit res ad Eccleſiam pertinentes alienari, pecuniam quoque ſub uſuris dare iiſdem vetitum fuiſſe intelligendum ſit. Si mutui datio inter alienandi modos eſſet habita veteribus, nullum eſt dubium quin conſtitutio de rebus Eccleſiaſticis non alienandis ad mutuum quoque extendi debuerit. Atqui non fuit inter alienationis genera numerata olim mutui datio. Ergo Eccleſiis licuit mutuam pecuniam ſub uſuris dare, quibus non licuit res ſoli alienare nec etiam mobiles, vel oppignerare. Hodie non dubitant Canoniſtæ, & alii Doctores iuris, quin emptio redituum quæ ſucceſſit in locum mutui veterum, alienatio ſit. Nam ſors in perpetuum alienatur, quæ in mutuo reddenda erat ad libitum creditorum, vel ſtatuto tempore. Ideo non licet prælatis Eccleſiarum tales emptiones

nes redituum facere in quibus pecunia credita alienatur in perpetuum ſine permiſſu ſuperioris, & citra illas ſollemnitates, quæ in aliis alienationibus rerum Eccleſiaſticarum ſolent ac debent adhiberi. Qui in alia ſunt ſententia, ratione nituntur inepta, falſa, & contra ſenſum communem faciente, quia nimirum *pecunia res talis ſit quæ ſervando ſervari commode non poſſit.* Nihil enim eſt rerum mobilium quod æque commode ſervari poſſit ac pecunia. Quæ & plerumque in arca tutior habetur quam in creditum data. De quo ſupra dictum eſt. Reſponſio itaque profeſſoris nihil ad propoſitam obiectionem ſoluendam facit, nec abſurdum amolitur ad quod ex communi aſſertione Doctores Iuris civilis deducere molitus eſt Salmaſius.

V.

Quinto loco urgebat Salmaſius nomina *debitoris, æris alieni*, & cætera quæ omnia arguunt, dominium in mutuo non transferri, id eſt, rem creditam non alienari. Nam ſemper hic profeſſor, *dominii tranſlationem* pro alienatione uſurpat. Reſpondet ergo: *Argumentum ab appellatione*

levis

levis eſſe momenti. Hoc in quibuſdam fortaſſean valeat: cum unica appellatio non faciat verum, ut una hirundo non facit ver: ſed ubi tot appellationes ſimul in una re concurrunt quæ alienationis intellectum omnem ab ea re longe ſubmovent, id non in levi habendum. *Credita pecunia*, *debitor* qui accepit, *redditio*, *ſolutio*, *æs ſuum* ei cui debetur, *æs alienum* illi qui debet, *uſura*, merces pro uſu pecuniæ creditæ, *commodatio* pro mutui datione, *obligatio ad reddendum*, ipſa porro *mutui* appellatio, & alia multa. In ſumma nulla eſt in mutuo loquutio quæ alienationem ſuadeat, omnes omnino eam diſſuadent. De quibus ſupra. Adiicit profeſſor, *omnes iſtas appellationes, non ad pecuniam numerato datam, ſed ad genus reſtituendum referri.* Genus illud Iuriſconſultorum, ſpecies eſt philoſophorum. Species Iuriſconſultorum individuum eſt philoſophorũ. Quid refert, utrum rem ipſam quæ data eſt, mihi reddat debitor, an eamdem ſpeciem, hoc eſt, loquendo cum Iuriſconſultis, idem genus, cum bonitate eadem & quantitate? Qui centum Iacobos aureos dederit, ut centum Iacobos eiuſdem monetæ recipiat, nihil ſua putat intereſſe utrum eos ipſos quos

dedit

dedit recuperet an alios eiuſdem materiæ, ponderis & formæ. Quod igitur attinet ad intereſſe, nullum omnino eſt inter genus & ſpeciem, ſicut hæc vulgo accipiebantur apud Iuriſconſultos in materia mutui, hoc eſt, in rebus quæ pondere, numero, & menſura continentur, in quibus mutuum conſiſtit. Quod etiam inde licet cognoſcere. Si nummos ad me attuliſſes aureos, commodandos mihi, ut una cum meis oſtenderentur, quibus opus eſſet oſtendi, ſi diſcreti manſiſſent tui, non fierent mei ut pote commodati tantum oſtenſionis gratia. Sin autem confuſi aliquo caſu eſſent ut diſcerni non poſſent, tum licet commodati tantum, fierent tamen mei, & ex acervo mixtorum tantam ſummam tibi reddere deberem quantam commodaſſes, ex leg. LXXVIII. D. de ſolutionibus. Quantulum ergo diſcrimen inter meos & tuos nummos ſi pares ſint, id eſt, *ἰσοστάσιοι, ἰσάριθμοι*, & *ἰσοδύναμοι*? *Aes alienum*, inqui profeſſor, *dicitur, quia genus reddendum eſt.* Non ergo id cenſetur alienatum, quia debitori eſt alienum, & creditori reddendum. Addit ſtatim: *Idem autem ſuum recte dicitur, quia libertinæ diſpoſitioni mutuo ſumentis ſubiacet, eidemque, non alii perit.* Hoc

fal-

falſum, immò falſiſſimum. Nuſquã enim in iure reperitur, *ſuum* dici *æs* debitori quod *alienum habere* dicitur. Immo ut *æs alienum* dicitur debitori quod debet, qui etiam *alienum facit* cum ſumit, ita & *ſuum* illud ipſum creditori vocatur quod eſt alienum debitori, ut liqet ex leg. CCXIII. de V. S. Vnde & *ſuum recipere* dicitur creditor cum ei ſolvitur quod debetur, *ſuũ recuperare, ad ſuum pervenire*. Qui autem ſolvit creditori quod debet, nunquam eum *ſuum dare, ſolvere, reddere* dixerunt Iuriſconſulti veteres, quantumlibet plata ſignificatione illud *ſuum* accipi placeat. Ex illa falſa *ſui* & ſuppoſitia notione, quaſi etiam ſuum ſit debitori id quod debet, quia ei pereat, effectus hos eſſe profeſſor aſſerit dominii proprii, & non inficiandi. Dominiũ accipere rei mutuo datæ debitorem, extra controverſiam eſt, ſed hoc illi ſuum ac proprium eſſe ac dici quod debet, mera inſcitia eſt defendere. In quantitate enim, & genere mutuum conſiſtit, quod nunquam ſuum eſt aut proprium debitori, ſed ſemper alienum. Et hoc ipſum cum reddit, *ſuum* reddere creditori dicitur, & ſemet ipſum ære alieno exonerate. Subiungit ibidem. *Sciendum tamen & hoc eſt, meum & tuum la-*

latius hic accipi, ut non tantum ius in re, ſed etiam ius ad rem vox complectatur. Ergo ut videtur ſentire, ſtricte ſumpta vox *ſuum*, debitoris id proprium eſſe quod debet, ſignificat, latiore vero ſignificatu *ſuū* quoque dicitur creditori quod illi debetur. Quæ ſunt falſiſſima. Nunquam enim *ſuum* aut *proprium* fit alicui id quod debet aut reddere tenetur. *Ius in re* & *ius ad rem* perperam etiam diſtinguitur, ſi de genere quod eſt reddendum, id eſt, de quantitate agatur. Cum enim quantitas maneat creditoris, & ad eam reddendam obligetur debitor, ad eam non ſolum ius habet creditor, ſed etiam in ea. Nam ipſa obligatio in iure conſiſtit, & in bonis eius numeratur, ut & ipſa actio, cum rem ipſam videatur habere qui actionem ad rem reciperandam habet. *Sed & apud ſe id quis habere videtur de quo habet actionem. Habetur enim quod peti poteſt*, leg. CXLIII. D. de V. S. Ridiculum porro eſt quod ſubnectit, ut probet *meum* & *tuum* latius accipi, ut non tantum ius in re, ſed & ius ad rem complectatur. *Vnde etiam*, inquit, *dicimus æs alienum meum, quod ego alii debeo, & æs alienum tuum, quod tu alii debes.* Ad hunc lapidem offenderunt etiam alii. Quod ego ſatis mirari nequeo;

ita eſt deridendum. An aliquod ius ad *æs alienum* quod debet, is habere videtur qui dicit *æs alienum ſuum?* Certe æs alienum ſuũ vocat quod ſibi eſt alienum. Qua in re nullum ius habet, nec ad eam rẽ etiam quicquam ſibi iuris dari poſtulat, non ſane magis quam in dominum poteſtatẽ, qui *dominum ſuum* vocat. Hæc iam ſatis ſupra profligata ſunt, cum Lucius eodem argumento uſus eſt, ut probaret, etiam *ſuum* dici debitori quod deberet, quia diceret *æs alienum ſuum*. Iſtinc fiunt in celebribus Academiis profeſſores, qui ne tantillum quidem ſenſus habent communis? *Planiſſime*, inquit noſter, Seneca de remediis fortuitorum, *Aes alienum meum novi. Hoc equidem cum creditore contraxi.* Sequitur concluſio: *Nihil ergo ex eiuſmodi phraſibus contra dominii tranſlationem ſolide colligitur.* Hæc certe ſolidiſſima ſunt, ideo *æs alienum* non eſſe debitori id quod debet, quia *æs alienum ſuum* vocat. Quia regem Galliæ, regem meum vocare debeo, ideo non ero eius ſubditus? Ratio eſt, quia meus eſt rex. Nec ergo alienum æs habere dicendus ſum quod debeo, quia meum *æs alienum* dico. Si meum eſt, ergo non alienum. Deus det bonis iſtis viris quodcunque optare poſſunt.

poſſunt. Bonam certe mentem nunquam optabunt. Nec enim quid ſit bona mens, ſciunt.

VI.

Sexta obiectio Salmaſii: *Pro ſuis rebus nemo uſuras ſolvit: pro pecunia mutuo data debitor ſolvit, Ergo pro aliena ſolvit.* Reſpondet excellentiſſimus profeſſor, haud dubie maiorem petitam eſſe è Senecæ lib. VII. de beneficiis cap. IV. Recte divinavit clariſſimus vir. Nam inde hauſit, ut in præfatione diſerte profitetur. Non ergo laborandum fuit doctori docto iuris, ut ſciret unde hæc maior Salmaſii ſumpta fuerit. Quid igitur ad illam reſpondet? Ait, *Senecam ipſum reſpondere*, cap. V. & ſequente. *Nequaquam hoc abſurdum fieri, ſi diverſus conſiderandi modus diſtinguatur: genus enim tuum eſt, ſpecies meæ ſunt.* Non videtur intellexiſſe vir bonus, & iuris peritus, quid Seneca vellet. Non enim pro ſe reſponſurum allegaſſet. Quæ quaſi Senecæ nomine reponit, nihil prorſus ad infirmandum faciunt illud à Seneca ibidem enuntiatum *καθολικὸν*, *neminem pro pecunia ſua uſuras pendere.* Non hic diverſus conſiderandi modus diſtinguendus eſt. Nec quæſtio eſt de diffe-

rentia generis, & ſpeciei, ſed univerſitatis dominii, & partium in illa univerſitate ſingularum proprietate. Rex univerſitatis dominus eſt. In qua univerſitate unuſquiſque partem ſuam poſſidet, peculiari modo acquiſitam. Hæc ſic conſiderata, & diſtincta, non impediunt ne verum ſit quod dixit Seneca, *neminem pro pecunia ſua uſuram pendere*. Ergo omnes pro aliena pendunt. Ita illudebant cavillatores dogmati Stoicorum, quo dicebant, omnia ſapientis eſſe. Si omnia, inquiebant, ſunt ſapientis: nihil emere debet, *quia nemo emit quod ſuum eſt*. A nemine pecuniam ſumet mutuam: *quia nemo pro ſua pecunia uſuram pendit*. Omnis ergo qui mutuam ſumit pecuniam, & pro ea uſuras præſtat, non pro ſua pecunia eas pendit, ſed pro aliena. Et merito ſane. Nam & *alienum æs illud* feciſſe dicitur, cum ſumpſit mutuo, & *alienum habere*, quamdiu retinet, & pro eo uſuram ſolvit. Subiungit profeſſor Argentinenſis, *Quid quod non utiles tantum domini, ſed & directi, de rebus ſuis varia præſtant munera, onera, cenſus, reditus, in recognitionem ſcilicet iuris alterius?* Si ea onera, cenſus, reditus, pendunt in recognitionem Iuris alterius, non pro re

ſui

ſui iuris ea præſtant, ſed pro re iuris alieni. Et hoc eſt, quod voluit Salmaſius ex illo Senecæ dicto, neminem pro re ſua mercedem, aut penſionem, aut uſuras pendere. Vtiles domini, id eſt, qui fructum habent, ut domini ex conductione, penſionem præſtant domino proprietatis non pro re ſua, ſed pro aliena. Si domini directi aliquid tale pendunt alteri domino ſuperiori, vel cenſus vel reditus, non directũ plane dominium habent, ſed ab alio dependens, qui ea conditione prędium dedit ſic tenendum. Certe, ut fatetur profeſſor Argẽtinus, in recognitionem iuris alterius hæc præſtantur. Diverſo reſpectu aciure, tituloque, ut iam ſupra oſtendimus adverſus Franckeranũ, domini ſunt colonus fructuariuſque, & ille qui proprietatis eſt dominus. Egregie horũ dominorũ differentiã explicat Seneca lib. VII. de beneficiis cap. V. ſimulque planum facit, aliquod eſſe dominium conductoris, quod diverſum ſit à dominio locatoris. *Conduxi domum à te. In hac aliquid tuum, aliquid meum. Vſus rei tuæ meus eſt. Itaque nec fructus tanges, colono tuo prohibente, quamvis tua in poſſeſſione naſcantur. Et, ſi annona carior fuerit, aut fames,*

Heu fruſtra alterius magnũ ſpectabis acervũ,

In tuo natum, in tuo poſitum, non in borrea iturum tua. Nec conductum meum, quamvis ſis dominus, intrabis: nec ſervum tuum mercenarium meum abduces: Et abs te rhedam ſi conduxero, beneficium accipies, ſi tibi in vehiculo tuo ſedere permiſero. Qui conduxit aut domum aut agrum, non pro ſuo, quamvis *conductum ſuum* vocet, penſionem præſtat, ſed pro alieno. An aliud eſt in pecunia? Locari æque & conduci dicitur, ut ager, ut domus. Qui igitur uſuram, id eſt, uſus mercedem pro ea pendit, non pro re ſua eam penſitat, ſed pro aliena, quam & habere dicitur alienam. *Nemo ergo pro pecunia ſua,* ut ait Seneca, *uſuram pendit.* Sed infert Argentorati profeſſor, poſtquam dixit in recognitionem iuris alterius cenſum ac rebitum pręſtari ab utilibus ac directis dominis, *Ita etiam uſuras pendimus in compenſationem beneficii accepti.* Si tales eſſent omnes iuris profeſſores ac doctores, nulla hodie iuris eſſet ſcientia. Senſus communis hæc refutat, nedum iuris aliqua vel levicula cognitio. Si uſura pro pecunia credita penditur in compenſationem beneficii accepti, qui ædes conduxit aut prædium ruſticum, penſionem etiam præſtare dicendus eſt in compenſationem beneficii accepti. Nam quæ

ratio

ratio differentiæ, cum æque detur utenda pecunia in mutuo, quam domus aut ager in locatione? Qui beneficium accepit, acceptum reddere non tenetur. Si aliquid reponit pro beneficio accepto, in alio genere, ut plurimum, vicem rependit, & ſemel hoc facit, ut ſemel etiam collatum beneficium non repetitur ab eo qui dedit. Quid ſimile in pecunia locata, id eſt, ſub uſura, vel mercede mutuo data? Datur ad hoc ut reddatur, ſtatuto tempore, atque interim pro medii temporis interuſurio penſio certa præſtatur, ſive in dies ſive in menſes, ſive in annum, pro rata temporis currit. Sed aliam rationem addit profeſſor, quæ non minus in ſenſum communem peccat, quam præmiſſæ. *Nec*, inquit, *ex mutuo debentur per ſe uſuræ, ſed ex nova obligatione.* Mira hæc & nova Iuriſprudentia, non ex mutuo deberi uſuras quæ pro mutuo dantur? Sed ut hoc probent, revocant nos ad principia ſui iuris; quæ ſane non noverunt. *Non debentur uſuræ ex mutuo, ſed ex nova obligatione.* Videamus legem quam citant CXXI. D. de V. S. an dicat ex mutuo uſuras non deberi. *Vſura*, inquit, *pecuniæ quam percipimus, in fructu non eſt, quia non ex ipſo corpore, ſed ex alia cauſa eſt, id eſt, nova obligatio-*

 ne.

ne. Primum *uſuram pecuniæ* vocat, quæ nempe pro pecunia penditur. Pecunia illa pro qua uſuræ ſolvuntur, mutua eſt. Ergo pro mutua pecunia, & quod idem eſt, pro mutuo, uſuræ penduntur. Si pro mutuo penduntur, etiam ex mutuo. At negat Iuriſconſultus ea lege, ex corpore ipſo eas percipi. Certe. Sed mutuum non eſt corpus, cum obligatio ſit. Obligationes autem corpora non ſunt, ſed iura, id eſt, res incorporales. Cum ex obligatione dicat uſuras percipi, non ex ipſo corpore, lex illa, ex mutuo omnino eas præſtari intellexit; nam mutuum eſt obligatio. Et obligatio ea non contracta eſt ad ipſum corpus quod datum eſt, ſed ad quantitatem quæ reddi eadem debet. Hæc quantitas in obligatione eſt, non corpus ipſum nummorum. Ideo quantitas à corporibus diſtinguitur paſſim in Iure, ut ante docuimus. Falſiſſimum eſt igitur quod hic dixit profeſſor, & contra Iuris ſui principia militat, uſuras ex mutuo non deberi, ſed ex nova obligatione. Quæ eſt illa *nova obligatio*? Immo ſcribendum, *ex nota obligatione*. Nota obligatio, eſt mutuum. Nihil enim notius nec uſitatius communiuſve illa obligatione in vita & converſatione civili. Sic apud
 Var-

Varronem lib. 1. de R. R. cap. XIIII. *Quartum ſepimentum eſt fabrile novißimum.* pro, *notißimum.* Qui novam illam obligationem quid ſit explicare conabitur, ſatis laborabit, & fruſtra. Stipulatum aliqui intellexere, & olim ita ſenſiſſe videtur Salmaſius in Diatriba de Mutuo, quia iure Romano uſuræ non debebantur quæ in ſtipulatũ deductæ non eſſent. Sed quamlibet ita accipi placeret, pro mutuo tamen, id eſt, pro pecunia mutuo data uſuras ſtipulari ſolitas certum eſt. Nemo enim eas ſtipulari poſſet nude ac per ſe, niſi cauſa creditę pecuniæ præceſſiſſet. Ex cauſa itaque mutui ſemper uſuræ hoc modo deberentur, quas niſi cauſa mutui pręcedente ſtipulari non licet. Præterea hæc obligatio & ſtipulatio non habet locum in iis uſuris quæ ex mora debentur in iudiciis bonæ fidei. Etiam in depoſito licuit paciſci uſuras, ut ſupra docuimus, abſque ſtipulatione. Hoc autem in quæſtione tantum hic verſatur, cum pro mutua pecunia debentur uſuræ utrum pro rę ſua an pro aliena eas pendat debitor. Quæcunq; hic oppoſuit profeſſor Argẽtinẽſis, nõ interpellant nec impediunt ne uſuræ pro aliena re pendantur, quas conſtat neminem pro re ſua ſolvere. Quæri-

tur etiam iſtud, an pro re ſua aliquis eas debeat, non, an de re ſua eas præſtet, ut ſophiſtice immutavit profeſſor. Multum enim refert, utrũ pro re ſua aliquis quid præſtet, an de re ſua. Poteſt quis enim pro re aliena de re ſua ſolvere, ut debitor, qui pro pecunia credita quæ ipſi aliena habetur, de ſuo, id eſt, de ſua pecunia, uſuras pendit.

VII.

Septima Salmaſii obiectio, *Veteres Iuriſconſultos hoc eodem argumento emphyteuſin negaſſe eſſe alienationem, quod pro re emphyteutica penſio eſſet ſolvenda.* In referenda hac Salmaſii obiectione, iterum repoſuit profeſſor, *de re emphyteutica*, cum debuiſſet dicere, *pro re emphyteutica*, ut Salmaſius poſuit. Nam quæſtio hæc eſt, utrum pro re ſua an pro aliena penſionem præſtet qui eam pro re emphyteutica pendit. At non dubium eſt, quin iuxta illam Catholicam regulam, qua nemo pro re ſua uſuras aut penſionem præſtat, emphyteutica res aliena ſit emphyteuticario colono. Nam ſi ſua ei eſſet, nihil pro ea cuiquam penſionis nomine ſolveret. Ergo emphyteuſis non eſt alienatio. Hoc enim locationis proprium, non alienationis, ut penſio pro re conducta præſtetur. Ergo

pro

pro aliena. Theophilus de emphyteuſi lib. III. Inſt. Tit. XXV. *μίσθωσις ἦν ἐνομίζετο διὰ τὸ καθ᾽ ἕκαστον ἔτος διδόμενον.* *Locatio vero cenſebatur, quia in ſingulos annos penſio præſtabatur.* Eadem habet Harmenopulus lib. III. Tit. IV. περὶ ἐμφυτεύσεως. Quid ad hæc reſpondet ſublimis profeſſor? *Immo,* inquit, *contraria potius negandi ratio fuit, emphyteuſin eſſe alienationem, quod ſcilicet animadverterent, dominium verum in emphyteutam non tranſire, ſed penes eum qui rem tradit fruendam, manere.* Acute, argute, ſubtiliter, ut nihil ſupra. Sed unde poterant animadvertere, alienationem non fieri in emphyteuſi perpetua, niſi ex unica hac re, quod penſionem deberet præſtare emphyteuta, illi à quo accepiſſet prædium emphyteuticum? Cætera omnia alienationis ſunt. Prædium traditur in perpetuum emphyteutæ, *ita ut neque ipſi neque hæredi eius, cuive is hæresve eius id prædium vendiderit aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocunq; modo alienaverit, auferre liceat,* ut totidem verbis ſcriptũ eſt, in Inſtitutis de locatione. His conditionibus traditũ fruendum agrum nemo non poſſet credere alienatũ potius quam locatum. Quid igitur vetabat ne alienatio videretur? Vnica hæc ipſa res, quod

tradi-

traditus erat fruendus ſub conditione penſionis ſive reditus. Hoc unico argumento nitebantur, qui quærebant, utrum emptio & venditio in emphyteuſi contraheretur, an locatio & conductio, ut *de prædiis* inquit Iuſtinianus eo loco Inſtitutorum, *quæ perpetuo quibuſdam fruenda traduntur, ita ut quamdiu penſio ſive reditus pro his domino præſtetur, nullo modo nec ipſi conductori nec hæredi eius ea liceat auferri.* Cum hæc ita ſint videat profeſſor, an ex alia aliqua cauſa animadvertere potuerint Iuris veteris prudentes, emphyteuſin non eſſe alienationem, quam ex penſione. Quod ſi ita eſt, illud quæſtionis eſt, utrum pro re aliena, an pro re ſua pendatur à conductore. Si non eſt alienatum prædium per emphyteuſin, ut hic etiã fatetur iuris doctor & profeſſor, pro re aliena ſolvitur, nõ pro re ſua, & ſic manet immota illa regula, neminem pro ſua pecunia uſuram pendere, nec pro re ſua penſionem. Lex quam citat, I. D. ſi ager vectigalis, clare dicit, eos qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt à municipibus, non effici dominos. Cur non efficiuntur domini? Quia penſionem pro his ſolvunt. Quod proprium con-

conductionis, non alienationis. Et ſic pro re aliena, non pro ſua, eã præſtant. Qui principia iuris crepant, quæ non intelligunt, oſtendant principiis iuris magis congruere regulam illam in contrarium verſam, qua dicatur, omnes pro pecunia ſua uſuram, & pro re ſua penſionem ſolvere, & ſunto quidquid Proculus & Labeo.

VIII.

Octavo loco argumenta ex Paulo & Theophilo attulerat Salmaſius, quibus probaret, pecuniam creditam meam, id eſt, creditoris eſſe, atque ita dici. Reſpondet faſtuoſus ac faſtidioſus Doctor, ea iam ſe eliſiſſe numero v. *Vt toties repetere pigeat*. Ita certe ibi ea eliſit, ut dixerit, falſum eſſe quod affertur ex Iuriſconſultis de *ære ſuo* quod nobis debetur, & de *ære alieno* quod nos aliis debemus, cum etiam *æs alienum meum* dicatur quod ego debeo, & *æs alienum tuum* quod ut alii debes. Sic utrumque verum eſſe probat, eamdemque rem meam ſimul eſſe & alienam, quia dicere poſſum *æs alienum meum*. Sic ſubiectus eſſe regis ſimul, & eum habere pro ſubiecto videor, cum *Regem meum* appello. Servus quo-

quoque qui dominum ſuum appellat, ſe domini ſervum profitetur, & ſimul etiam in dominũ ius ſibi dominii vindicat, dum ſuum vocat. Sed non contentus hac eliſione profeſſor, qua argumentis Salmaſianis gulam ſtrinxit, quibus probabat ex Paulo & Theophilo, pecuniam creditam eſſe ſuam creditoris, ex faſtu ſuo aliquid remittens, dicere iam non dedignatur: *Vtrumque verum eſſe diverſo reſpectu: pecuniam creditam fieri debitoris, quia is eam conſumere ac perdere poteſt. Dicitur etiam creditoris, propter obligationem quam numerando ſibi acquiſivit, ut debitor illi tantumdem, non idem, teneatur reſtituere.* Bene quidem iſta dominus doctor. Sed ab illo quæſierim, quod cum bona pace ac venia eius liceat, an aliquid tale in vera alienatione dici poſſit, ut res alienata diverſo reſpectu eodem tempore dicatur eius qui tradidit ex cauſa venditionis ut puta, vel donationis, & eius qui accepit? *Pecunia*, inquit, *credita debitoris, fit quia is eam perdere poteſt, & conſumere.* Quid ergo futurum erit poſtquam eam perdiderit, aut conſumpſerit? Cuius eſſe dicetur? Non eſt amplius debitoris, quia eam abuſus eſt, ac conſumpſit. Multo minus creditoris. Cur igitur ſcribit, *dici*

eam

eam creditoris quoque? Ea ipſa pecunia quam conſumpſit & perdidit debitor, non poteſt ullo modo creditori ſua dici. *Dicitur,* inquit, *etiam creditoris, propter obligationem, quam ſibi numerando acquiſivit.* Atqui obligatio non poteſt contracta videri ad illam ipſam rem quam numeravit creditor, & conſumpſit debitor. Nam reddi ea ipſa deberet ex obligatione. Non poteſt autem reddi quæ ſic conſumpta eſt. Nec ergo in obligatione eſt, nec ergo ſua creditori dici poteſt. Quid ergo eſt creditoris? Quid illi debet debitor? Propter quid uſuram ei præſtat? Quid poſtremo illi ſolvet, ut liberetur? Quantitatem eamdem. Decem dedit creditor, ut decem reciperet. Hæc non alienata eſt. Hæc manſit creditoris. Hæc nunquam in poteſtate fuit debitoris. Propter eam obligatus eſt. Propter eam uſuras ſolvit, non ex corpore ipſo nummorum, ſed ex obligata quantitate, ſive ex obligatione quantitatis. Et ſic pro re aliena, non pro ſua, uſuras pendit. Vt magis ſe feroculum faciat iuris profeſſor apud ſuos Argentinēſes, ſic audacior tandem inſurgit, telumque hoc ultimum velut omnium penetrabiliſſimū intentat: *Et ut finē cōtentionis faciamus, experiamur quid ad*

ad hoc argumentũ reſponſurus ſit pro Salmaſio aliquis progymnaſiorum, ſi ita concluſerimus. Illud dicitur ſuum eſſe quod poteſt vindicari. pecunia quæ alteri credita eſt, non poteſt vindicari. Ergo non eſt ſua. Neſcio quid illi progymnaſii, quos vocat, ei argumento tum reſponderint. Sed illud ſcio, non admodum difficulter poſſe difflari talem argumentationem. Non ſuum cuique eſt tantum quod vindicari poteſt, ſed etiam id ſuum dicitur, quod condici poteſt. Nam regula iuris eſt, ab Vlpiano poſita in leg. CXXIII. D. de V. S. *Suum eſſe quod alii nobis debent.* Quod corporale eſt ex bonis noſtris, & extat, id vindicari poteſt. Quod non extat, vel incorporale eſt, condicitur. *Meorum & tuorum appellatione actionem quoq; contineri, dicendũ eſſe* ſcribit Paulus, leg. XCI. D. de V. S. Ergo quod in actione quis habet, id etiam ei ſuũ. Si nihil aliud ſuum eſſet cuiquam, niſi quod vindicari poteſt, nemo pro ſuo quidquam eorum poſſidere ac tenere videretur, quæ in iure conſiſtunt, non ſervitutes, non obligationes, non res alias incorporales, quas tamen æque in noſtris bonis numeramus, ut ea quæ corpore conſtant.

IX. No-

IX.

Nonum Salmaſii argumentum ex præfatione ad librũ de Modo Vſurarum protulit profeſſor Argentinenſis in hæc verba: *Res aliena teſtamento non recte relinquitur, liberatio debiti teſtamento relinquitur. Ergo non alienam, ſed propriam rem relinquit creditor, idemque teſtator, cũ debitorem ſuum liberat.* Ita contemptim ad hæc reſpondet Superciliosſus profeſſor, ut *vereri ſe* dicat, ne *quis dupondiorum ſuorum in hoc argumento ſuſpicetur committi ignorationem elenchi, aut cumulari quattuor terminos. Sciunt enim,* inquit, *distinguendum eſſe inter relictionem rei alienæ quæ fit titulo ſingulari atque per legatum, & eam quæ fit univerſali modo, hoc eſt, per hæredis inſtitutionem.* Ego vero ipſum profeſſorem pro dupondio habeo, & in latinitate tirunculo, qui ignorat, non poſſe quicquam legatum intelligi, niſi *legati* nomen exprimatur. Abſolute quidquid teſtator extrema voluntate ſcripto conſignata relinquit, teſtamento id relinquere dicitur, ſed legata res proprie nõ intelligitur, niſi hoc ipſum *legati* nomine ſignificetur. Olim quattuor erant legatorum genera. Unicuique ſua verba peculiaria attributa fuere. Ali-

ter loquebatur teſtator cum per vindicationem legabat aliquid, & cum per damnationem, cum ſinendi modo, & cum per præceptionē. Hi tamen omnes quattuor modi generali *legati* appellatione cenſebantur, niſi quod in illo quod per præceptionem dabatur, hæreditatis pars ſive aliquid ex hæreditate præcipuum relinquebatur, nec tale legatū dari poterat niſi uni ex hæredibus. Nec legatum id proprie cēſebatur, ſed hæreditas ex parte. Iuſtinianus conſtitutione ſua hæc omnia diſcrimina ſuſtulit, & genera formulaſque legatorum relinquendorum diverſas in unum confudit, ſtatuitque, ut omnibus legatis una eſſet natura, & quibuſcunque verbis relinquerētur, liceret legatariis ea perſequi. Aliis etiam verbis fideicommiſſa relinqui ſolebant ante Iuſtinianū. Sed & ea per omnia legatis exæquavit. Cum autem *hæreditas relinqui* dicitur, *hæres relinqui*, *teſtamento relinqui*, non de legato id intelligi poteſt, ſed de eo quod hæredi ipſi relinquitur. Fallitur autem Doctor Argentinenſis, cum ita legatum ab hæreditate diſcrevit, quaſi per legatum res ſingulari tantum modo relinquatur, per hæreditatem univerſali. *Nam*, ut ait Vlpianus in corpore Regularum,

rum, Tit. de legatis, *ſicut ſingulæ res legari poſſunt, ita univerſarum quoque ſumma legari poteſt, ut puta, Mævius hæres meus cum Titio hæreditatem meam partito, dividito. Quo caſu dimidia pars bonorum legata videtur.* Sed ut hæc pluribus perſequamur, non eſt inſtituti noſtri. Reſpondeamus dupõdiis profeſſoris Argentinenſis, qui non minus & ipſe dupondius. Maiorem Salmaſii propoſitionem negatione conceptam de re aliena quæ teſtamento relinqui non poteſt, de re hæreditate relicta recte accepit. Tamne fungus fuit, aut tam fungum Salmaſiũ putavit, ut minorem de re per legatum relicta affirmative ab eo conceptam crediderit? An quia dixit, *liberationem debiti teſtamento relinqui?* Si de legato intellexiſſet, *liberationem legatam* dixiſſet, de qua eſt & titulus in Pandectis. Quæro igitur à magiſtro, qui dupondiis ſuis nihilo eſt ſapientior, an putet, cum debitor hæres inſtituitur à ſuo creditore, non eum liberari, nec liberationem ei teſtamento relinqui? Quid ſi teſtator nihil aliud habeat in bonis præter unum nomen, & debitori ſuo hæreditatem, id eſt, univerſa ſua bona teſtamento relinquat? Quid aliud habebit hæres iſte debitor ex hæreditate defuncti, præter

 debi-

debiti remiſſionem, ſive liberationem?
Talis caſus eſt in leg. LXXXII. *Quærebatur, cum is qui ſolum in nomine quadringenta in bonis habebat, ipſi debitori debiti liberationem, Seio autem quadringenta legaverit.* Poterat iſte qui quadringenta in uno nomine ſola in bonis habebat, non ea legare, ſed ſimpliciter debitorem ſuum hæredem inſtituere. Tam hoc modo quam per legatum liberatus debitor videretur. Non eo uſque imperitus eſt iuris Salmaſius, ut ignoret rem alienam legari poſſe. Non intellexit igitur de legato, neque in maiore neque in minore propoſitione ſui argumenti. Et ſatis ſe explicavit in Diatriba de Mutuo. Manet igitur intacta vis eius. Teſtamento non poteſt hæredi relinqui res aliena. Relinquitur hoc modo id quod debetur. Nō eſt, ergo aliena teſtatori, ſed ſua. Reſpōdent dupōdii Taboris, vel ipſe dupondius Tabor, quaſi Salmaſius de legato ſenſiſſet, *liberatione legata non rē ipſam quæ mutuo data ſit legari, ſed ius repetendæ pecuniæ.* Vix teruncii æſtimanda hæc dupondiorum reſponſio. Rē ipſam habere videtur qui habet actionem ad rem recuperandam, leg. XV. D. de R.I. Etiā in rebus aliis legatis actio datur legatario in perſonam ad rem perſequendam,

dam, & ius agendi adverſus hæredem ex teſtamento dabatur. In ſolo olim legato vindicationis, res legata vindicari poterat, hoc eſt, actione in rē peti, non expectato hærede, hoc eſt, hæredis aditione, ut ſcripſerat Gaius in Inſtitutionibus. Perperam Theophilus, in hoc legati genere dominũ fieri rei legatæ legatarium, ἅμα τῇ τοῦ κληρονόμου ἀδιτζίωνι, ſimul atque hæres adiſſet. At dicit clare Gaius, tale legatum non expectato hærede præſumi ſolitum, & vindicari. In aliis legatorum generibus, actio in perſonam ex teſtamento adverſus hæredem legatario dabatur. Ideo Iuſtinianus cum unam naturam omnium legatorum eſſe voluit, licere ea legatariis perſequi conſtituit, non ſolum per actionem perſonalem, ſed etiam per in rem. Legata autem liberatione non actio, nec ius petendæ pecuniæ, ſed res ipſa quæ debetur legata cenſetur. Quam enim actionem, quod ius repetendæ pecuniæ, adverſum ſemet ipſum habere poteſt cui liberatio relicta eſt? Ipſe ſolvendo eſt debitor, cui liberatio relinquitur, & quod ad ſe attinet, dives eſt, ut habetur in leg. CLXXX. D. ad legem Falcidiam. Additur in eadem lege, *quippe ſi ei mortis cauſa accepto feratur id quod de-*

bet, quadringenta cepiſſe videtur, licet nihil facere poſſit. Senſiſſe enim plenam liberationem videtur, quamvis nihil facere poſſit, ſi ſoli ei liberatio relicta eſt. Non igitur ei actio, non ius repetendæ pecuniæ legatur, ſed plena liberatio, id eſt, res ipſa quæ liberatione relicta eſt. Quadringenta quippe ipſa cepiſſe videtur. Non igitur actio teſtamento relinquitur debitori, vel ius pecuniæ repetendæ, ſed ipſa res. Nemo enim adverſum ſe habet actionem. Si legatum ſit debitum debitori, tantumdem dici debet. Non enim ei ius relictum eſt repetendæ pecuniæ, aut agendi adverſus hæredem ex teſtamento. Ebrium fuiſſe oportet hunc Germanum profeſſorem, cum ſuis dupondiis hæc dictabat. A quo enim repetet pecuniam debitor cui relicta eſt liberatio debiti? an à ſe? Immo vero petentem eam à ſe hæredem repellet exceptione, non etiã aget ipſe contra hæredẽ repetendæ pecuniæ gratia. Quod eſt maxime ridiculum, & vel dupondiis indignum, nedum profeſſore celeberrimo Argentinenſi. Si non petatur, poteſt agere, ut liberetur per acceptilationem, ut eſt in leg. 111. D. de liberatione legata. Si ab alio ſibi debitam pecuniam alicui legaſſet teſtator, tum ſane ius repe-

tendæ

tendæ illius pecuniæ, & agendi adverſus hæredem, relictum cenſeretur legatario. Sed illa actio pro re eſt, & idem valet quod res ipſa, ut in omnibus aliis rebus legatis actio non ſolum in rem, ſed etiam in perſonam, ex teſtamento competit legatariis. Nec minus olim ea legata ad legatarium iure ipſo pertinebant, in quibus, actioni in perſonam locus erat, quam ea in quibus per vindicationem præſumebatur res legata. Addit tertio dupondiarius profeſſor, dupondios ſuos perhibituros, vim collectionis Salmaſianæ refutaſſe Iuriſconſultum dicta leg. 1. D. de liberatione legata, ubi Iuriſconſultus voluit, non conſiderata hac ratiocinatione, ita concludere, *omnibus debitoribus ea quæ debent recte legari, licet domini eorum ſint*. Primum Salmaſii ratiocinatio non fuit de legato in quo etiam rem alienam legari poſſe certum eſt, ſed de hæreditate, in qua quod alienum eſt, non poteſt teſtamento hæredi relinqui. At hæres poteſt inſtitui debitor à teſtatore eius pecuniæ quam debet. Non ergo eſt aliena teſtatori, ſed ſua: nec ſua debitori, ſed aliena. Deinde tametſi de legata liberatione intelligatur, argumentum etiam ad illam Salmaſii valet,

let, ut qui liberationem debiti legat, non videatur rem alienam legare. Qui eam legat, aut ſuam ipſius rem legare intelligitur, aut propriam legatarii. Si ſua eſt debitori, eidemque legatario res credita, ut Doctoribus trioboli placet, inutile hoc legatum eſt, cum vel dupondii ſciant ex Inſtitutis Tit. eodem, *ſi rem legatarii quis ei legaverit, inutile eſt legatum, quia quod proprium eſt ipſius, amplius eius fieri non poteſt.* Cũ igitur id quod debet legatur debitori, non tanquam res ſua ei legatur, quod inutiliter fieret, ſed tanquam aliena, quæ ad ipſum creditorem pertinet qui eam debitori, cui eſt aliena, legat. Hoc eodem argumento nec debitor creditori id quod ipſi debet poteſt legare, quia rem ei ſuam legaret, *ac nihil amplius per legatum haberet*, ut diſerte ſcribitur in Inſtitutis Tit. eodem. Quod ad legem illam attinet 1. D. de liberatione legata, quæ dicit, *Omnibus debitoribus ea quæ debent recte legari, licet domini eorum ſint*, non ex ea concludi poteſt, rem ſuam eis legari, cum id quod debent legatur. Nam inutile eſſet hoc legatum, per regulam iuris ſuperius allatam, quæ dicit, *ſi rem legatarii quis ei legaverit, inutile eſſe legatum.* Domini ſunt debitores corporum ipſorum

rum quæ iis mutuo data ſunt , ſed in his mutuũ nõ conſiſtit, nec ea in obligatione ſunt. Quantitatis, quæ ſola mutuum conſtituit, quaſi proprietatis, dominus eſt creditor, non dominus debitor. Hic dominus eſt ut fructuarius, & poſſeſſor rei creditæ quamdiu ea utitur, quã & utendo abutitur. Vt poſſeſſionem naturalem cum uſu rei conductæ habet colonus, ita & debitor ex mutuo pecuniam, qua utitur, in poſſeſſione habet, nec eſt in eius poſſeſſione poſita qui dedit. Hinc *pecunia in arca* , & *pecunia in nominibus* , ita diſtinguitur , cum ad eumdem dominum utraque pertineat, ut illa in poſſeſſione poſita dicatur, illa non poſita. Boëthius ad Topicõn Ciceronis lib. II. *Qualitas vero pecuniæ in poſſeſſione non poſitæ, ſed non omnimodis alienæ , in his differentiis conſtat.* In poſſeſſione poſitam vocat quæ in arca habetur. In poſſeſſione non poſitam, quæ eſt in nominibus, & in tabulis debetur. Quam nec omnimodis alienatam dicit, quia *qui poſſeſſionem duntaxat amittit, non alienat,* ut eſt in leg. CXIX. D. de R. I. Quid aliud amittit quam poſſeſſionem naturalem is, qui pecuniam credit, & utendam dat? Dominium eius transfert ad uſum, qui in abuſu conſiſtit. Ideo ſuf-

fectio ſit in eodem genere & quantitate, quæ non alienatur, ſed à corporibus ipſis differt, quorum dominium tranſiit. Si vero dominus diceretur & eſſet debitor eorum quæ debet alio ſenſu quam diximus, dominus videretur æris alieni, & quod ipſe alienum habere dicitur. Dominus eſſet æris non ſui, quia ſuum eſt ei cui debetur. Dominus eſſet rei quæ reddenda eſt. Dominus eſſet rei pro cuius uſu mercedem & penſionem præſtat. Allegat profeſſor & legem XXXIV. D. de auro argento legato, ut nos doceat, ſuum non eſſe creditori quod illi debetur, *quia nondum eius factum eſt*. Sciens an imprudens fucũ facere voluerit, neſcio. Certe cõfundit quod debetur ex ſtipulatu cum eo quod debetur ex cauſa mutui. De illo lex loquitur, nõ de iſto: *Vt puta ſi auri libras ſtipulatus fuerit, hoc aurum quod ei deberetur ex ſtipulatu, non pertinet ad uxorẽ, quia illius nondum eſt factum*. Non enim quod ex ſtipulatu debetur, ſtipulatoris ſit priuſquam ei traditum ſit. Vt & in venditione, licet de pretio inter emptorem & venditorem convenerit, non tamen res prius ſit emptoris nec à venditore ante alienata dicitur quam ſit tradita, ut conſtat ex leg. LXV. D. de V. S. Aliud eſt

de

de eo quod ex mutui ſive crediti cauſa debetur. Id à creditore profectum in bonis ipſius manet, & ſuum ipſi perpetuo dicitur, quamdiu à debitore tenetur. Cum de legato quæſtio erat, & præcipue de legato vindicationis, ſi quis argentú, quod ſuum eſſet, legaviſſet, id ſuum tantum intelligebatur quod vindicari poterat. Et certe in omnibus locis, ubi eius differentiæ fit mentio, quum quod ſuum eſt proprie, diſtinguitur ab eo quod eſt in nominibus ſuum, de ſuo quod legatum eſt, nominatim id dicitur. Vt apud Ciceronem in Topicis lib. II. *Non ſi uxori vir legavit omne argentum quod ſuum eſſet, idcirco quæ in nominibus fuerunt, legata ſunt.* Item in leg. XXVII. D. de auro argento. *Argento omni legato quod ſuum eſſet, non debetur id quod in credita eſt.* Et leg. XXXIV. D. eodem. In bonis creditoris cenſebatur creditum argentú, ſed & *ſuum* paſſim in iure id appellatur quod nobis debetur. Sed cum legatum eſt quod eſt ſuum, ſtricta ſignificatione nó intelligitur id quod debetur, quia non poteſt à legatario, cui id per vindicationem relictum eſt, vindicari & præſumi. Hoc genus legati maxime uſitatum fuit in veteri iurisprudentia, cuius hæc verba erant ſollemnia, *Do, lego, capito,*

capito, ſumito ſive habeto. In hoc genere legati res aliena, ut in cæteris, non poterat legari, quia vel priuſquam adita eſſet hęreditas, tale legatum vindicabat & prę-ſumebat is cui relictum erat. Res autem aliena non poterat ab eo cuius non eſſet vindicari. Caius in Inſtitutionum fragmentis: *Cæterum inter damnationis legatum & vindicationis id intereſt, quod per vindicationem res aliena relinqui non poteſt, per damnationem eo pacto quo ſupra comprehenſum eſt poteſt.* In legato vindicationis, ut res aliena relinqui non poterat, quia non poterat vindicari à legatario, ita nec pecunia quæ in nominibus erat, quia nec eam legatarius poſt mortem teſtatoris vindicare poterat. Ideo nec *ſui* nomine, ſtricte ac proprie ſumpti, cenſebatur. Vlpianus in corpore regularum, Tit. de legatis: *Per vindicationem legari poſſunt res, quæ utroque tempore ex iure Quiritium teſtatoris fuerunt, mortis, & quando teſtamentum factum eſt. Præterquam ſi pondere, menſura, numero contineantur. In his enim ſatis eſt, ſi vel mortis tempore fuerint, ex iure Quiritum.* In bonis creditoris numerabantur debita, ſed quia plenum dominium in his non habebat, non ex iure Quiritum ea habere exiſtimabatur. Non enim vindicare ea poterat,

terat, ideo nec argenti nomine quod ſuum eſſet ea legata comprehendebantur. At ſi leges illæ quas attulimus non diſtinguunt inter genera legatorũ, id Iuſtiniano imputandum eſt, qui ea diſcrimina ſuſtulit.

X.

Ait hic profeſſor dupondiarius, & magiſter dupondiorum, paradoxon ſuum ita declarare Salmaſium, *quod alienationem concedat temporariam, neget perpetuam.* Adiungit profeſſor, id magna ex parte calorem ſuperioris paradoxi diluere, neque tamen cruditatem tollere. Haud video quomodo hæc inter ſe conveniant, calorem diluere, & cruditatem tollere. Immo contra, calor neceſſarius eſt concoctioni, & concoctio tollit cruditatem. Non igitur mirum, ubi diluitur calor, ibi cruditatem non tolli. Falſum eſt autem, Salmaſium concedere temporariam alienationem, negare perpetuam, cum in totum negaverit, ullam alienationem, ſic proprie ac vere dicendam, eſſe temporariam, cum id repugnet notioni & finitioni alienationis. Quod fruſtra refutare conatus eſt Viſſembachius profeſſor Franekeranus in III diſputationis Theſi II.

ſi 11. Scripſit quidem in præfatione Salmaſius, non pugnare, quod dixerat, in mutuo non fieri de meo tuum, & tranſire tamen dominium ad debitorem. Non enim fieri de meo tuũ, quoad proprietatis alienationem perpetuam, ſed temporariam duntaxat, in his rebus quarum uſus ſine abuſu ipſius ſubſtantiæ non conſtat. Sed mutui contractum eſſe alienationem aut perpetuam aut temporariam, nunquam dixit. Quinimmo & dominium tranſire in mutuo ſine alienatione, in illo ſcripto omni modo contendit. Quinetiam ubique hoc inculcat, ſi mutuum eſſet alienatio, non poſſe eſſe niſi perpetuam, cum ſpecies ea quæ datur mutua, ita fiat in perpetuum accipientis, ut ad dominum nunquam revertatur. Quod cum hic etiam fateatur profeſſor dupondiarius, ita temporariæ alienationi mutui adverſatur, ut perpetuam velit eſſe. Quod ſi verum eſt, cum niſi per hanc alienationem corporum non poſſit mutuum videri alienatio, non differt à donatione. Sic autem ſcribit, *ſiquidem in mutuo dominium perpetuo transfertur, cum corpus creditum conſumatur, nec idem ſed tantumdem reſtituatur*. Si tantumdem redditur in mutuo, non eſt alienatio, nec temporaria nec perpe-

perpetua. Quia in nullo genere alienationis tantumdem reddatur, cum etiam & in depoſiti genere, & in locati, tantumdẽ, non idem, ſoleat reddi, quæ tamen alienationes non ſunt. Quod perpetuum corporis dominium transfertur, id efficeret, ut mutuũ perpetua eſſet alienatio, & à donatione vel qualibet alia traditione non diſpar, ſi mutuum conſiſteret in ea corporis datione. Si extremum, inquam, finiſque mutui, ea datio eſſet, perpetuæ alienationis contractus eſſe cenſeretur: ſed principium tantum eſt, & origo. Nam inde naſcitur obligatio mutui, quæ ex rei datione contrahitur. Id corpus conſumitur & perditur ab accipiente. Non ad id igitur obligatio contracta eſt, quæ ad reddendum obligat. Nam tale corpus reddi non poteſt. Ipſe profeſſor dupondiarius ſupra Num. 11. dixit, mütui dationem à donatione differre forma & fine. Non igitur in principio ex quo ipſa naſcitur obligatio conſiſtit οὐσία vel forma οὐσιώδης contractus mutui, ſed in ipſa obligatione ad reddendum tantumdem. Forma contractus eſt, quæ omnino nomen contractui dat & eſſentiam. Si ergo donatio èſt alienatio, mutuũ, quod forma & fine ab ea differt,

non

non erit alienatio. Quod autem idem profeſſor ibidem tradit, genere non differre donationem à mutuo, non ergo differt obligatio ab alienatione. Nam *obligatio* genus eſt mutui ſummum, proximum *obligatio re contracta.* Si alienatio & obligatio re contracta ſub idem genus referuntur, ita alienatio erit dividenda in ſpecies, ut alia ſit in qua nihil redditur, alia in qua idem redditur, alia in qua tantumdem. Rurſus vice verſa, obligationum, quæ re contrahuntur, plura erunt genera. Aliæ quippe erunt ex quibus nihil prorſus reddetur, aliæ ex quibus idem reddi oportebit, aliæ ex quibus tantumdem réddi conveniet. Hæc ex eorum doctrina colliguntur, & longe abſurdiora, qui mutuum ſtatuunt eſſe alienationẽ. Pro ἀνακεφαλαιώσει, refutatis omnibus argumentis quibus vulgaris opinio Doctorum adſtruitur, & propugnatur, breviter in ſummam veluti contrahemus rationes quibus contrarium probari poteſt, atque evinci. Vt alienatio ſit, debet concurrere affectus & animus contrahentium ad alienandum, nec in cauſa dandi accipiendique ullus vel ab una parte intervenire diſſenſus. Animo igitur non ſolum alienandi dari

debet

debet quod eſt alienandum ab uno, acquirendum alteri, ſed etiam eodem animo ab accipiente capi oportet. Qui rem tradit, ut eam à ſe alienet, alienandi cauſſa, & animo alienantis, id faciat neceſſe eſt. Et qui traditum accipit, etiam neceſſe habet eo affectu accipere & fini, ut eam dominio ſuo acquirat, & bonis adiiciat, nunquam rediturам ad eum qui dedit. Id conſtat ex pluribus legibus quas iam ſupra allegavimus, ut leg. LV. D. de O. & A. leg. XXXVI. D. de acquirendo rerum dominio. Ex qua lege liquet, ſi quid traditum ſit animo donantis & donationis cauſa, acceptum autem tanquam mutuo datum & ex cauſa crediti, nec mutuum eſſe, nec donationem. At unus in hoc contractu diſſentit, atque errat, nempe qui tanquam mutuum accipit quod donabatur. In mutuo contractu non erratur circa cauſam dandi & accipiendi, cum uterque intelligat quid agatur. Non enim alter accipit alio iure & conditione quod datur, quam ſentit is qui dat. Conſentit etiam uterque in corpus quod datur, ut in cauſa dandi accipiendique neuter diſſentit. Si mutuum ergo alienatio eſt, non aliter eſſe poteſt, quam ſi conſenſus utri-

uſque contrahentium, hinc ad alienandũ, illinc ad acquirendũ conſpiret. Certũ eſt quippe, non poſſe procedere ex una parte alienationem, quin ex altera exiſtat dominii acquiſitio. Nulla autẽ alia cauſa poteſt intervenire alienandi in mutuo, niſi quæ ex donatione procedat. Etenim ſi mutui datio alienatio eſt, nõ poteſt alia videri quam donatio, nec ex alia cauſa fieri, niſi donationis. Videndum itaque an donantis animo det pecuniam qui eam credit alicui, aut cauſa donandi. Certe donaturus eã dat ſi animo dat alienantis, & cauſa alienandi. Nõ donandi gratia dari fatentur noſtri Doctores, & Dupondiarius inter illos, quia dotationi magis aſſimilari poſſit quã donationi, ut hic dicit. Atqui res quę doti dantur, nõ alienantur. Ait etiã, in donatione id agi ut nihil reddatur. Ergo contraria eſt mutui dationi, & per negativam particulum ab ea diſparatur donatio. Nam in mutui datione hoc agitur, ut reddatur. Non ergo donantis affectu dat qui mutuum dat, cum det ut recipiat. Tametſi autem quaſi donatum acciperet cui datur, nihil ageretur. Nam debet concurrere affectus & animus utriuſque contrahentium, ut res ad effectum perducatur. Qui quaſi

dona-

donatũ acciperet quod ex mutui vel crediti cauſa datũ eſſet, nõ magis donatio & mutuũ id videri poſſet, quam in illo caſu ubi quaſi donaturus alter dedit, alter quaſi mutuum accepit, ut eſt in leg. XVIII. D. de rebus creditis. Ex qua lege etiam id conſtat, ex alia cauſa dari quod mutuo datur, & ex alia quod donatur. Quod donatur, alienari certum eſt. Ergo quod mutuo datur, non alienari cenſetur. Vt omnia moliantur & moveant doctores, non poterunt efficere, ſi mutuum eſt alienatio, quin ſit donatio. Non enim poteſt cadere in alterum alienationis genus. Iã vidimus, eum qui dat mutuo, non dare animo alienantis, quia non dat donandi gratia, nec ex cauſa donationis. Qui accipit, quomodo accipit, aut quo animo? Non ut perpetuum habeat propriumque quod datur, ſed ut reddat. Non ergo quaſi donatum accipit, qui ſe ad reddendum obligat. Non enim in ullo genere alienationis, ut nec in donatione, quod traditum eſt ex aliqua iuſta cauſa, reddi debet. Non poſſunt dicere, non reſpiciendum eſſe animum dantis, & accipientis, cum Mutui contractus celebratur. Nam id maxime requiritur, & neceſſario requiri leges ſupra citatæ

docent. Finẽ ſpectandum etiã non negabunt, cum fateantur mutui dationẽ à donatione, id eſt alienatione, forma ac fini differre. Finis in mutuo eſt redditio pecuniæ creditæ. Ea multum diſtat ab alienatione, quæ ita dominium transfert ut nõ reddatur. Ex effectu ipſo, & eventu etiam ſcire datur, an ſit Mutuum alienatio. Nam ſi alienatio eſt ex una parte, acquiſitio dominii eſt ex altera. Qui mutuũm accipit, nihil acquirit, nihil ſuis bonis adiicit. Immo bona cuiuſque æſtimantur, deducto id quod debet. Contra qui dat mutuum, acquirit obligationem, quæ in bonis eius computatur, qua etiam ſi nihil aliud in facultatibus habeat præter unum nomen, ditior cenſetur. Poſtremo non inter ullas alienationes reponitur mutui datio quę iuri civili fuere cognitæ. Non etiam numeratur inter illas, per quas iure naturali & traditione ex iuſta aliqua cauſa dominia nobis acquiruntur. Denique ut ſit alienatio, debet cũ ſua cauſa tranſire dominium in accipientem quale apud dantem fuit, ut ex pluribus legibus conſtat. Id non fit in mutuo. Qui accepit, id debet reddere. Qui dedit cum haberet, nemini id debebat reſtituere. Etiam poſtquam datum eſt, pro ſuo nume-

numerat. Concludamus ergo cum Iuriſconſulto leg. I. D. de ſolutionibus, *Nummos qui ſic dantur, ut recipiantur, non alienari.* Ita in mutuo dantur. Ergo mutuum non eſt alienatio. Ad hanc normam ſpectari debet an ſolutio ſit alienatio. Si acquiſitio eſt ex parte eius cui ſolvitur, alienatio erit ex parte eius qui ſolvit. Acquiſitio autem eſt accipienti, ſi aliquid eius bonis adiicit, ſi per eam ille alienum quod eſt, ſuo adiungit. Alienatio è contrario eſt ſolventi, ſi bona eius diminuit. Atqui poſt ſolutionem nec ditior evadit creditor cui ſolvitur, nec pauperior debitor qui ſolvit. Tantumdem in bonis habere cenſebatur ille ante ſolutionem, nec amplius creditur habere poſt ſolutionẽ. Nihil igitur per ſolutionẽ acquirit, quia nec minus habuit per obligationem quam acquiſiit. Nam acquirere obligationẽ dicitur qui eã contrahit mutui datione, ut eſt in leg. XXII. D. de ſolutionibus. Nõ eſt igitur acquiſitio creditori ſolutio, quia non auget eius facultates. Vnde nec utiliter legari nomẽ poteſt creditori à debitore, ſi nihil amplius ſit in legato quã in debito, quia nihil amplius per legatum habet quã habuit in nomine, ut eſt in Inſt. de legatis. Cum acquiſitio

non ſit creditori ſolutio, nec alienatio eſt ſolventi debitori. nihil enim per ſolutionem detrahit bonis ſuis, nec ſubſtantiam diminuit. Liberat ſe & exonerat pecunia aliena quam debebat. Non ergo eam alienat. Si alienatio rurſus non eſt ſolutio, nec mutui datio alienatio eſt, ut eſſet neceſſario, ſi ſolutio exiſtimaretur eſſe alienatio. Bona cuiuſque æſtimantur ære alieno deducto. Si non habuit in bonis debitor id quod debuit, nec de bonis ſuis demit is quod in ſolutum dat. Non ergo alienat. Sic nec ſolutio alienatio eſt, nec mutui datio. Per mutui dationem obligatio cõtrahitur; quæ acquiritur creditori. Ergo acquiſitio hæc ipſi potius quam alienatio. Non eſt acquiſitio accipienti, quia nihil per mutui dationem ad rem ſuam familiarem adiicit, cum è contrario ea pecunia deducta quam accepit mutuo, bona eius computentur. Quæcumque contra hæc afferri poſſint, aut hactenus allata ſunt à Doctoribus, mera videri debent ſophiſtarum ludibria, ſoliditate ac pondere carentia, ſenſus etiam communis expertia, & iuris doctrinæ praxique, & uſui civilis vitæ omnimodo contraria.

FINIS.

INDEX.

A.

ABalienatio. 14
Abuti & Abuſus quid. 197
Actio inepte à re ipſa diſtinguitur. 270
Adoptionis ius. 160. & ſeq.
Aedes ſuperficiariæ. 53
Aes alienum. 173
Aes alienum facere. 102
Alienum quid. 155
Alienare quid Græcis. 21. eius latiſſima ſignificatio. 118. 149. ſub illa pignoris etiam obligatio complectitur. 123
Alienare iudicii mutandi cauſa. 28
Alienatio non poteſt definiri per nomen obligationis. 7. 125. eius definitio. 9. & ſeq. eius ſpecies tres. 257. non parit obligationem. 115. non eſt temporalis. 201. ſeq. 212.
Amittere quid. 113
Arillatores. 63

B.

BΩμολόχος. 63

C.

COenaculum quid. 52
Cociones qui. 63
Collocare pecuniam. 278
Χρῆσις quid apud Græcos. 266
Commiſſæ quid. 226
Commodare. 266
Condictio cui competat. 27. ubi ei locus. 96
Conductores dicuntur domini. 48. 50
Conductio annua & temporalis. 286
Conventio antichreſtica. 170
Conventio in mutui datione licita. 253
Credere quid. 172
Creditores qui. 189.
Credendo aliquem obligare, & rem ſuam alienare non ſunt idem. 126

D.

DEponendæ pecuniæ modus. 104
Dominium directum & utile. 59. 66
Dominium transferre non ſemper idem quod alienare. 20. nec reciprocant inter ſe. 21. transfertur citra alienationem. 94. 120. 122
Dominii alienatio vetita non inpedit eius translationem. 22. talis tranſlatio ab alienatione

tione diſtinguitur. 35

Dominium rei mutuo datæ non ad alienationem ſed ad obligationem contrahendam tranſit. 39

Dominii tranſlatio rerum mobilium & immobilium. 40.ſeq.

Dominium & poſſeſſio tam in fructu quàm in proprietate diſtinguitur. 55.56

Domininm qui transferre poſſunt. 148

Depoſitum in quo tantumdem non idem redditur. 71

Donatio quid. 273

Dos manet in dominio mulieris naturali. 159

Doti dari & in dotem dari res dicitur. 41. non autem tradi. 159

Dotis eadem natura & conditio eſt cum mutuo. 13

E.

EMere apud Romanos idem quod conducere. 68

Emptio conditionalis, & ſub conditionali reſolvenda. 208.&ſeq.

Emphyteuſis non eſt alienatio. 48. 84. 120

Emphyteuticarius & poſſeſſor & dominus intelligitur. 83

Emphyteuticus plus iuris habet in agro conducto, quam maritus in dotali. 57

Errans non transfert dominium. 111

F.

Fiduciaria emptio. 215. *non eſt alienatio.* 217. *& ſeq.*
Fiducia quid. 218. *ſeq. differt à pignore.* 223. *pro hypotheca ſemper uſurpatur.* 226
Fiducia accipi & committi quid dicatur. 226
Fiduciæ actio. iudicium. 234
Fiduciam accipere. 219
Fiduciæ cauſa ponere. 222
Fiduciatus, fiduciat. 224
Fictio quid. 176
Fructarius dicitur dominus. 56. *non diſtat ab emphyteuticario vel ſuperficiario.* 57. 81. *in quo differat à Colono.* 283. 287
Fundus dotalis non poterat alienari l. Iulia. 11. 44. *eius dominium transfertur citra alienationem.* 42. 122

G.

Gratuitum quid. 169

H.

Habere æs alienum. 102. 278
Hypotheca. 221. *& ſeq.*

Hypothecis decedere. 226
Hypothecam flagitare. 232

I.

IMaginarii contractus. 177
In bonis noſtris quæ ſint. 182
Indebiti ſolutio non eſt alienationis ſpecies. 26
Ius ἐμβατευτικόν. 53

L.

LEgatum ſub conditione datum. 202
Legata temporalia. 207
Lex Commiſſoria. 226. ſeq.
Lex Iulia de prohibitione alienandorum prædiorum dotalium. 17. ſeq.
Locare facienda. 75
Locatio nan mutat dominium. 65
Locatarum rerum duo genera. 65. 104

M.

MAncipatio. 16
Mancipium. 195
Maritus an ſit dominus dotis. 154. ſeq.
Mutui etymum. 242. eius definitio. 7. non poteſt ſimpliciter definiri dominii tranſlatio, niſi addatur, cum repetitione. 10.
con-

conſiſtit in genere & in quantitate. 109. 243. differt parum à depoſito. 265. non eſſe alienationem aſſeruit quoque Schotanus. 4. item Molinæus. 290. ſeq.
Mutui datio non eſt alienatio. 25. 30. inter actus alienandi non refertur. 251
Mutuo dandi formula apud veteres. 116
Mutui dationis & donationis differentia. 117

N.

Νομίζειν & δανεῖν quomodo uſurpata à Græcis. 182
Noſtrum eſſe quid ſit? 190
Nummi ſunt corpora. 252

O.

Obligationum genera quatuor. 6
Obligatio, obligatus & obligare quid. 192
Obligationes Græci ſæpe ἀγωγὰς vertunt. 289
Obligatio mutui quomodo contrahatur. 141
Obligationes fiduciæ. 225

P. Pe-

P.

PEcuniæ nomine quid veteres denotarint. 300
Pecunias collocare. 166
Pecunia à pupillo, ſine tutoris auctoritate, data, non fit mutua & accipientis, ſed tamen obligat eum ſibi. 129. ſeq.
Penſio in emphyteuſi probibet, ne alienatum dominium videatur. 121
Perſecutio quid. 190
Pignus proprie quid. 221
Pignoris poſſeſſor quis, creditor an debitor. 31 ſeq. 49. 58.
Pignus uſurpare quid. 233. ſeq. deponere, diſtrahere. 234. 235
Præſtum & præſtitum quid. 266
Proprium fieri quid. 242
Proprium à mutuo differt. 239
Pupillus an ſine auctoritate tutoris alienare poſſit. 143. ſeq. 147

Q.

QVantitatis dominium non transfertur. 106
Quantitas eſt inalienabilis. 163

S.

STagia quid. 52
Solutionis vocabulum quo pertineat. 24
145. non eſt alienatio. 25
Superficiũ vel ſuperficies quid proprie ſignificet. 52
Superficiarius dominus dicitur. 51
Suum argentum. 50
Suum quid. 155.193
Suum eſſe, & ſibi deberi, idem eſt. 173
Suum recipere, conſequi, &c. 184.194

T.

TEſtator probibens alienationem non probibet mutui dationem, & uſuras. 245. ſeq.
Tradendi verbum uſurpatur in uſufructu, ut in proprietate fundi. 56
Traditio non numeratur inter alienationis ſpecies. 258

V.

VEnditiones quid veteribus. 61
Videri verbum quomodo accipiatur in ll. 55. & 155. D. de R. I. 180. 182. ſeq.

Viſen-